Bureau de la concurrence
Rapport de l'analyse comparative de l'examen des fusionnements

Le 28 juin 2001

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 5
Le projet d'analyse comparative 6
L'analyse 7
Caractéristiques d'un processus efficace d'examen des fusionnements 7
Résumé 9

Chapitre 1 - Contexte 10
Méthodologie 15
Description des processus 15
Entrevues avec les intervenants 15
Partenaires dans le cadre de l'analyse comparative 16
Mécanismes de rétroaction 17
Autres ressources 17

Chapitre 2 - Examen des fusionnements au Canada 18
Préavis de fusionnement 19
Observations 22
Attribution des cas 22
Conseils juridiques 23
Traitement financier 24
Agents de programme 24
Notifications internationales 25
Unité de reproduction 25
Centre de ressources 26
Résumé des entrevues individuelles 26
Normes de service 26
Charge de travail 27
Formation 27
Autres questions 29

Chapitre 3 - Sondage mené auprès du personnel
de la Direction des fusionnements 29
Résultats 30
Résumé 31
Annexe A 37
38

Chapitre 4 - Examen des fusionnements au Royaume-Uni 40
La structure d'examen des fusionnements 41
Définition de « fusionnement » 42
Seuils aux fins de l'application de la *Fair Trading Act* 42
Critère de fond 43
Processus d'examen 43
Notification 45
Indications confidentielles 46
Avis informel 47

Administration de l'examen des fusionnements 47
Groupe d'examen des fusionnements 48
Effet des décisions du Bureau des pratiques commerciales loyales et du secrétaire d'État 48
Rôle de la Commission de la concurrence 50
Effet des décisions rendues par la Commission de la concurrence 51
Frais d'examen d'un fusionnement 52
Examen des critères et processus d'examen des fusionnements en vigueur au R.-U. 52
Règlement de la Communauté européenne concernant les fusionnements (RCEF) 55
Le point de vue du secteur privé 56
Indications confidentielles 56
Préavis volontaire ou dépôt officieux de la déclaration de fusionnement 56
Étendue et valeur de l'information rendue publique 57
Bureau des pratiques commerciales loyales 58
Processus accusatoire ou non accusatoire 58
Annexe A : - Liste des personnes ayant participé aux entretiens 60
Annexe B : - Information statistique 61

Chapitre 5 - Examen des fusionnements aux États-Unis 62
La structure d'examen des fusionnements aux États-Unis 63
La Commission fédérale du commerce (Federal Trade Commission – FTC) 63
Le ministère de la Justice (Department of Justice) 65
Le processus de notification 65
Le processus d'examen de la FTC 67
La notification préalable d'un fusionnement 68
L'autorisation 69
L'examen par le Bureau de la concurrence (*Bureau of Competition*) 69
La demande d'information supplémentaire 72
La clôture des dossiers 74
La Division de la conformité (*Compliance Division*) 74
Le Bureau de l'économie (*Bureau of Economics)* 75
La coopération internationale 76
Le processus d'examen au ministère de la Justice 77
La notification préalable d'un fusionnement 78
L'examen 78
La demande d'information supplémentaire 79
Les ressources du DOJ 80
La coopération internationale 80
Des remarques d'avocats du secteur privé 81
Au Canada 82
Annexe A : Personnes interviewées 83
Annexe B 85

Chapitre 6 - Examen des fusionnements en Australie 87
Introduction 88
Dispositions législatives 88
Autorisation 89
Structure 89
Processus 89
Mesures correctives 91
Registre public 92

Chapitre 7 - Entrevues avec des avocats du secteur privé 93
Aperçu général 94
L'Unité du préavis et le processus 95
Diligence et première sélection 97
Examen des dossiers 99
Accès 99
Uniformité et prévisibilité 100
Accessibilité et transparence 101
Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements 102
Processus administratifs 103
Tarification 103
Normes de service 104
Définitions de la complexité 105
Questions reliées aux récentes modifications 107
Nouvelles déclarations abrégées et déclarations détaillées 107
Information 108
Formation 109
Technologie 110
Planification 112
Annexe A : Intervenants interviewés 114
Annexe B : Exemple d'une réponse type 116
Annexe C : Analyse des normes de services : 1997/1998 to 2000/2001 117

Chapitre 8 - Rapport sur les commentaires concernant
les services liés aux fusionnements 121
Feuillet de rétroaction 122
Commentaires des intervenants 125
Diligence 126
Uniformité et prévisibilité 126
Conclusions 127
Recommandations 127

Chapitre 9 - Examen des fusionnements dans plusieurs juridictions 128
I. Processus d'examen des fusionnements 129
II. Coopération internationale 133
Pratiques optimales pour une coopération internationale 136

Préciser d'emblée quels autres organismes d'examen sont intéressés 136
Informer rapidement les gestionnaires des questions touchant plusieurs États . 136
Notification 137
Échange d'information 137
Comprendre le contexte 137
Coordination des demandes de renseignements 137
Transparence 137
Travailler de concert en quête de solutions acceptables 138
Centre de connaissances en coopération internationale 138

Chapitre 10 - Sommaire des observations 139
Communications avec les parties 140
Avant une notification 140
Exigences d'une notification 140
Personne-ressource 141
Conseils techniques 141
Constitution d'un dossier d'avis 141
Au cours de l'examen 142
Feuillets de rétroaction 142
Communications avec le public 143
Processus 143
Sélection 143
Normes de service 144
Soutien juridique 145
Programme de soutien 145
Évaluation des cas 145
Modifications législatives 145
Formation et perfectionnement 146
Amélioration constante des processus 146

Sommaire

Au milieu des années 90, le Bureau de la concurrence a reconnu qu'il avait besoin de nouvelles ressources pour faire face à la vague croissante de fusionnements, imputables en grande partie à la mondialisation et au libre-échange. Les revenus tirés de la tarification des services ont été vues comme une source appropriée de fonds pour financer ces activités nécessaires. C'est ainsi qu'en novembre 1997, après de vastes consultations, le Bureau a décidé d'exiger des frais pour certains de ses services et procédés réglementaires, soit les dépôts de fusionnement, les certificats de décision préalable, les avis consultatifs et les photocopies. Le Bureau a également fixé des normes de service après avoir consulté les intervenants pour faire en sorte que les clients, puisqu'ils payaient pour les services, aient voix au chapitre quant à la méthode et au délai de prestation des services.

Le Conseil du Trésor et les payeurs avaient plusieurs attentes, notamment que les revenus servent à améliorer le processus actuel d'examen des fusionnements. Une analyse comparative a été jugée idéale pour déterminer si cette obligation était respectée et elle tombait à point nommé, compte tenu de l'évolution rapide du cadre dans lequel fonctionnaient le Bureau et la Direction des fusionnements. Le nombre croissant de propositions, la multiplication des fusionnements complexes impliquant plusieurs juridictions et les défis posés par les progrès technologiques avaient tous une incidence notable sur le travail de la Direction des fusionnements.

Le projet d'analyse comparative

Le projet a été dirigé par la Direction de la conformité et coordination du Bureau avec l'aide d'un comité de direction et d'un groupe de travail composé de gestionnaires et de membres du personnel de la Direction des fusionnements ainsi que de la Section du droit de la concurrence, Services juridiques d'Industrie Canada, ministère de la Justice (« Section du droit de la concurrence de Justice Canada »).

Par cette analyse, on cherchait à établir des procédés et des procédures réalistes, tenant compte des pratiques optimales des partenaires du Bureau dans l'analyse comparative et utiles d'un point de vue opérationnel; ces procédés et procédures devaient par ailleurs répondre aux besoins des clients, être aussi efficaces et cohérents que possible. On espérait de la sorte accroître l'efficience, améliorer le service à la clientèle et les délais d'exécution, améliorer la formation et le perfectionnement professionnel tout en contribuant au meilleur fonctionnement de la Direction.

Il était important de faire participer à ce projet toutes les personnes pour qui la réussite du processus d'examen des fusionnements est importante, dont le personnel de la Direction des fusionnements, le personnel qui assure des services connexes à la Direction et les avocats représentant les parties qui envisagent de fusionner. En outre, d'autres organismes responsables de la concurrence ont été invités à s'impliquer afin de donner au Bureau la possibilité de comprendre et de comparer leurs approches puis, en bout de ligne, d'intégrer leurs pratiques optimales au besoin. On a constaté que ces organismes vivaient les mêmes difficultés dans l'examen des fusionnements que le Bureau de la concurrence.

L'analyse

Le projet d'analyse comparative représente l'étude la plus poussée jamais entreprise par le Bureau sur ses activités. Il s'agit aussi de la première analyse détaillée du processus d'examen des fusionnements au Canada depuis la promulgation de la *Loi sur la concurrence* en 1986.

Les auteurs de l'analyse comparative (« les auteurs »)[1] ont entrepris la description du processus qui sépare l'examen d'un fusionnement en ses différentes composantes, de sorte que le groupe de travail puisse relever les points forts, les engorgements, les secteurs à étudier et les solutions possibles.

Les entrevues avec le personnel de la Direction des fusionnements ont fourni une occasion exceptionnelle de profiter de l'expérience quotidienne de ceux qui ont dû s'attaquer à un nombre record de fusionnements ces dernières années et composer avec le phénomène de la mondialisation et des transactions complexes.

En interrogeant de manière approfondie un grand nombre d'avocats qui traitent avec la Direction régulièrement, le groupe de travail a pu identifier les points clés perçus ou réels ayant fait surface depuis l'entrée en vigueur de la loi en 1986. Les avocats ont manifestement consacré beaucoup de temps à la préparation de ces entrevues et ont pu non seulement cerner les questions mais offrir également des suggestions de changement constructives.

Les entrevues auprès d'autres organismes responsables de la concurrence ont permis de comparer les pratiques en vigueur au Canada avec celles d'autres juridictions; le Bureau peut donc profiter des méthodes, de l'expérience et des principes qui ont cours chez les organismes confrontés aux mêmes défis. Les membres du groupe de travail ont par ailleurs interrogé des avocats de ces autres pays afin d'obtenir leur point de vue sur le système en place chez eux et leur opinion sur ce qu'ils considèrent comme des modèles à suivre dans l'examen des fusionnements.

Caractéristiques d'un processus efficace d'examen des fusionnements

Tous les organismes responsables de la concurrence doivent composer avec une hausse continue du nombre de fusionnements qu'ils doivent examiner, dont une proportion grandissante s'avère complexe et implique plusieurs pays. Il leur est donc nécessaire de recourir davantage à une analyse efficace (définition du marché, barrières à l'entrée, rythme et nature du changement) et à un dialogue permanent avec les parties. Ils doivent aussi être en mesure de coopérer véritablement avec d'autres organismes d'enquête dans le monde entier.

La Direction des fusionnements est reconnue par les personnes interviewées pour le professionnalisme de son personnel, leur dévouement et leur détermination à respecter les dates de clôture. Par ailleurs, il faut souligner qu'une bonne part de la frustration exprimée par les

---

[1]Les auteurs de l'analyse comparative sont Lise Davey, gestionnaire, Services à la clientèle, et John K. Barker, sous-commissaire adjoint, Division de la conformité et coordination, Direction de la conformité et des opérations, Bureau de la concurrence

avocats à propos du processus d'examen actuel était centrée sur des problèmes et des enjeux mis en relief, selon eux, depuis l'application des normes de service.

Les constatations de l'analyse reflètent, d'une manière remarquable, les caractéristiques essentielles d'un processus efficace mentionnées par le personnel de la Direction des fusionnements, les avocats, d'autres organismes responsables de la concurrence ou les auteurs du rapport de la « International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) ».

Un facteur important est mentionné par toutes les personnes interrogées : pour porter fruit, l'examen des fusionnements doit aussi se fonder sur la capacité du personnel d'examiner et de déposer les propositions efficacement et rapidement au tout début du processus. L'organisme doit se fixer des critères assez larges pour relever les transactions susceptibles de s'avérer problématiques. Par contre, il doit également mettre en place un mécanisme lui permettant d'isoler rapidement les dossiers soulevant des questions au chapitre de la concurrence et de clore sans délai ceux qui ne posent aucun problème. Le présent rapport contient des recommandations relatives à la structure et au processus nécessaires pour respecter cette exigence cruciale.

Une autre caractéristique de l'organisme ayant une « pratique optimale » est la cohérence des responsables des dossiers et du processus d'examen. Ceci comprend l'uniformité, dans la nature et la portée des demandes d'information ainsi que dans les directives données aux avocats.

Cette étude a identifié d'autres qualités importantes d'un système d'examen efficace des fusionnements : l'ouverture, la transparence et l'accessibilité. Il est important d'avoir un dialogue avec l'organisme dès le début du processus pour que les enjeux puissent être rapidement cernés. Plusieurs organismes en matière de concurrence se sont dotées de mécanismes formels et informels pour la discussion préalable au dépôt, ce qui a l'avantage de permettre que soient relevés au plus tôt les enjeux et les besoins d'information ainsi que les points non litigieux. Il est important, une fois la proposition de fusionnement déposée, que l'avocat puisse communiquer continuellement avec l'organisme pour discuter des nouveaux points soulevés et connaître l'avancement de l'examen.

L'ouverture signifie que l'organisme doit publier autant d'information que possible dans ses lignes directrices, avis, rapports annuels, déclarations et discours. Il est plus facile pour les intéressés, fondamentalement, de comprendre l'approche de l'organisme si celui-ci énonce clairement les motifs qui justifieront la contestation ou la non-contestation de transactions importantes (quand la décision établit un précédent ou dénote par ailleurs une évolution des principes ou des politiques). La publication de lignes directrices détaillées sur l'examen des fusionnements, comme nous l'avons fait au Canada, favorise la compréhension et procure un encadrement à l'organisme et aux parties à une transaction.

Un examen réussi des fusionnements se fonde aussi sur des programmes bien pensés de formation et de perfectionnement. Grâce à ces programmes, les membres du personnel peuvent saisir parfaitement bien les points économiques et juridiques relatifs à l'examen d'un fusionnement de même que le contexte entourant des transactions spécifiques. Ces programmes sont critiques pour la qualité de l'examen des fusionnements, compte tenu de la complexité et de la portée des enjeux et des tendances qui ne cessent de faire leur apparition. Ils présentent aussi

l'avantage d'uniformiser le processus et d'accroître la confiance des membres du personnel lorsqu'ils donnent des conseils aux avocats et prennent des décisions.

Il est en outre nécessaire aujourd'hui de tirer le meilleur parti de la technologie pour appuyer un examen efficace et rapide des fusionnements. Les outils technologiques peuvent servir à la création de bases de données qui permettront d'uniformiser l'information et de rendre disponibles sans délai les données sur les précédents. Ils peuvent aussi accélérer l'avancement des dossiers et des rapports au sein de l'organisme, d'où une réduction des délais dans l'attribution et l'examen des questions.

Résumé

Le rapport a déterminé quels volets du processus actuel sont efficaces et ceux qui doivent être modifiés pour que la Direction des fusionnements et le Bureau mettent en place des « pratiques optimales » du début à la fin. Ceci aidera la Direction à s'acquitter de ses responsabilités d'une manière rapide, rigoureuse, transparente et cohérente, conformément à la loi. Un ensemble détaillé d'observations figure à la fin de ce rapport.

Bon nombre de suggestions, si elles sont adoptées, se traduiront par des changements importants au sein de la Direction et du Bureau. Certains vont toucher non seulement la structure de la Direction, son approche en matière de délégation et de prise de décisions. Les auteurs sont d'avis que cette initiative d'amélioration donnera au Canada un système efficient, ouvert et sensibilisé aux besoins de chacun permettant de rattacher les pratiques optimales canadiennes et celles qui existent à l'étranger.

Pour que ce projet d'analyse comparative ait une incidence maximale, il faut reconnaître qu'il ne constitue qu'un point de départ, que l'apprentissage continu et un examen permanent sont essentiels pour préserver les pratiques optimales décrites plus haut.

Une approche raisonnée est privilégiée dans la mise en oeuvre de certains changements : quelques-uns ont déjà été instaurés tandis que d'autres doivent être peaufinés et adaptés afin que la transition s'effectue sans heurts. En plus, des efforts suffisants restent de mise pour communiquer les résultats du rapport (et les décisions prises par les gestionnaires en conséquence) au personnel de la Direction ainsi que du Bureau et, en conséquence, éviter l'anxiété ou le stress qui pourraient faire suite à ces changements.

Le projet a bénéficié de l'appui, de leurs conseils, du temps et de l'énergie de tous ceux et celles qui, au sein du Bureau, du ministère de la Justice, du secteur privé et des autres organismes responsables de la concurrence qui ont contribué de maintes façons à la rédaction du présent rapport.

Contexte

Chapitre 1

Le 3 novembre 1997, le Bureau de la concurrence a, en vertu de la *Loi sur la concurrence*, commencé à exiger des frais pour les services et procédés réglementaires suivants :

- dépôts de préavis de fusionnement;
- demandes de certificat de décision préalable;
- demandes d'avis consultatifs; et
- photocopies.

Avant la mise en oeuvre de cette tarification, le Bureau subissait de plus en plus de pression pour qu'il engage plus de ressources lors de l'examen des fusionnements. Dans son rapport au directeur des enquêtes et recherches (maintenant appelé commissaire de la concurrence), le Comité consultatif sur les modifications de la Loi signalait que : « [...] le Bureau de la concurrence n'est pas en mesure d'engager des procédures à l'égard de toutes les affaires valables qui peuvent exister. [...] des mesures de recouvrement des coûts devraient être examinées pour remédier au problème de restriction des ressources, surtout si l'on pouvait garantir que le Bureau serait le bénéficiaire des droits qui pourraient être imposés[2] ».

Le Conseil du Trésor et les intervenants ont reconnu que le Bureau avait un besoin urgent de nouvelles ressources pour traiter les cas avec efficacité de même que pour examiner et améliorer les processus internes de façon méthodique.

Lorsque le Bureau a consulté les intervenants à propos de l'imposition de frais en 1997, il traversait une crise financière et avait été forcé, au cours des années précédentes, de retarder, et dans certains cas d'abandonner, d'autres activités importantes de mise en application de la loi de façon à financer l'examen des fusionnements[3]. En 1996–1997, la situation était critique, et les intervenants, en particulier la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, ont encouragé le Bureau, Industrie Canada et le Conseil du Trésor à établir une tarification pour accroître les ressources du Bureau et assurer l'efficacité et la rapidité de l'examen des fusionnements.

En novembre 1997, le ministre de l'Industrie a approuvé l'imposition de frais pour certains services et procédés réglementaires, comme l'indique le tableau 1. Ces frais étaient assortis de normes de service que le Bureau a élaborées en accord avec les intervenants. Le Bureau a également reçu du Conseil du Trésor l'autorisation de conserver les revenus découlant de la tarification. Ces revenus devraient servir à améliorer les services qui les ont générés.

---

[2]Rapport du Comité consultatif sur la modification de la *Loi sur la concurrence*, 6 mars 1996.

[3]Comme l'examen des fusionnements est une exigence légale assortie de délais imposés et que le Bureau n'a aucune emprise sur le niveau ou la complexité des activités de fusionnement pour une année donnée, le Bureau a souvent été contraint dans le passé de reporter des ressources d'autres secteurs d'activité comme les enquêtes en matière de complot et d'abus de position dominante et les interventions réglementaires, pour faire face au volume des cas de fusionnement.

Tableau 1. Tarification et normes de service en vertu de la *Loi sur la concurrence*

Service ou procédé réglementaire	Délai d'exécution maximal	Frais
Examen des fusionnements (transactions devant faire l'objet d'un avis et certificats de décision préalable)		
non complexe	14 jours	25 000 $
complexe	10 semaines	25 000 $
très complexe	5 mois	25 000 $
Avis consultatif		
non complexe	4 semaines	4 000 $
complexe	8 semaines	4 000 $

En mai 1997, le sous-ministre de l'Industrie a demandé à quatre organismes d'Industrie Canada associés à des initiatives concernant le service à la clientèle – la Direction générale des corporations, le Bureau du surintendant des faillites, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et le Bureau de la concurrence – d'entreprendre une analyse comparative[4]. Le mandat était de comparer les services de première importance à ceux offerts par quelques-uns des meilleurs organismes équivalents dans le monde, dans le but d'adopter les pratiques optimales et d'améliorer les services gouvernementaux.

À la même époque, les organismes gouvernementaux se concentraient sur les initiatives liées à la qualité des services, mettant de nouveau l'accent sur les services tarifés et reconnaissant l'obligation inhérente des gouvernements de rendre compte aux usagers qui acquittent les frais exigés pour ces services. Les médias et les intervenants ont accordé une plus grande attention aux frais imposés aux usagers, et on s'attendait à ce qu'après l'imposition des frais, les clients auraient leur mot à dire sur la qualité ou la rapidité du service ou du produit.

Le Bureau a choisi le processus d'examen des fusionnements aux fins de l'analyse comparative puisque ce service est très important du point de vue des intervenants et qu'il génère le plus de revenus par le biais de la tarification. En outre, dans un certain nombre de cas de fusionnements internationaux, le rendement du Bureau avait fait l'objet de critiques et le processus d'examen de fusionnement pointé du doigt pour le retard causé à d'importantes transactions multinationales.

---

[4] Dans ce rapport, l'*analyse comparative* est définie comme le processus continu qui consiste à mesurer les pratiques et les résultats de notre organisme et à les comparer aux pratiques optimales et aux meilleurs résultats d'autres organismes du monde entier de façon à obtenir de l'information sur les principes, les politiques, les pratiques et les mesures susceptibles de nous aider à améliorer notre rendement. Tiré de *Applying Benchmarking Skills in Your Organization, A Course Presented by the American Productivity & Quality Center*.

En 1998, le Bureau a réuni une équipe de représentants de la Direction des fusionnements, de la Direction de la conformité et coordination et du ministère de la Justice (« Section du droit de la concurrence de Justice Canada») pour amorcer le projet d'analyse comparative. Les parties concernées y ont vu une occasion d'examiner en détail le processus d'examen des fusionnements du Bureau, de cerner les éléments de première importance, et de comparer ce processus avec d'autres processus en usage dans d'autres pays afin de, finalement, améliorer la qualité de l'analyse, ainsi que la rapidité, la transparence et la prévisibilité du processus. La Direction de la conformité et coordination de la Direction de la conformité et des opérations s'est chargée de la gestion du projet d'analyse comparative. Étant donné que la Direction avait élaboré la politique sur la tarification et les normes de service, on a jugé qu'il s'agissait d'un groupe objectif pour évaluer le processus d'examen des fusionnements et faire des recommandations.

Sous la supervision de John Barker, sous-commissaire adjoint, Conformité et Coordination, Lise Davey, gestionnaire, Services à la clientèle, a été désignée comme gestionnaire de projet. Ensemble, ils avaient assumé un rôle de leadership concernant l'élaboration de la politique sur la tarification et les normes de service et ils avaient préparé la demande au Conseil du Trésor concernant la retenue des revenus.

Un groupe de travail et un comité de direction ont été formés. Les membres sur une période de plus de deux ont été les suivants :

Groupe de travail
Lise Davey
Kelly-Ann Smith
Jeanne Faubert
Andrew Kavchak
Dave Ouellet
Rollande Joanis
Andrée Laflamme
Howard Baker (Ministère de la Justice)
Cynthia Richardson
Jocelyne Chapleau
Lynne Charpentier
Richard Elliot

Comité de direction
Francine Matte
Jim Bocking
Ray Pierce
John Barker
Lise Davey
Cynthia Richardson/Daniel Campagna
Gaston Jorré
Bob Lancop
Ann Wallwork
Robert A. Morin
Huguette Boulerice

Pendant la première année du projet concernant l'analyse comparative, les activités du Bureau ont été centrées en grande partie sur la mise en place et le rodage de l'administration de la tarification et de la politique sur les normes de service, domaines qui étaient complètement nouveaux pour le Bureau. Des comptes de crédit et de chèques ont été établis, des procédures officielles concernant les revenus ont été élaborées pour satisfaire aux exigences du Conseil du Trésor et de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. À titre d'exemple, la Direction des politiques et services de gestion a garanti la délivrance immédiate des accusés de réception entre 8 h et 17 h. Il s'agit d'une mesure indispensable puisque les bureaux d'avocats envoient souvent

des messagers porter en mains propres les dépôts de préavis de fusionnement et leur demandent d'attendre les accusés de réception.

Dans le même ordre d'idées, la Section du droit de la concurrence de Justice Canada s'est engagée à fournir à l'Unité des préavis un accès direct et prioritaire à des avocats afin que les questions d'ordre juridique relatives au dépôt soient traitées aussitôt que possible. Étant donné que les parties acquittaient désormais des frais de 25 000 $ pour l'examen d'un fusionnement, plusieurs cherchaient des clarifications sur ce qui était légalement exigé pour faire l'objet d'un avis et, le cas échéant, dans quelles circonstances un avis consultatif pouvait être demandé (pour la somme de 4 000 $) au lieu d'un certificat de décision préalable (au coût de 25 000 $).

Une fois réglées les premières questions, le Bureau a publié un document[5] sur les « questions fréquemment posées » et une seconde version du *Guide sur la tarification et les normes de service*[6].

En février 1999, le Bureau a tenu un forum afin de fournir aux intervenants l'occasion de livrer leurs commentaires un an après l'instauration du régime de tarification et des normes de service. Sans remettre en question l'introduction de frais, les intervenants ont dit être préoccupées par le fait que l'introduction de normes de service avait accru le nombre de formalités administratives, ce dont le service souffrait. Le Bureau a publié un rapport[7] après cette rencontre, et a intensifié les efforts afin de mener à terme l'analyse comparative et d'être en mesure de donner suite aux problèmes soulevés par les intervenants.

Au cours de l'exercice financier 1999–2000, il ne faisait plus de doute que le moment était venu de procéder à l'examen approfondi du processus d'examen des fusionnements et que cela était en fait primordial pour les raisons qui suivent :

- le nombre de fusionnements en 1998-1999 avait doublé par rapport à 1994–1995;
- les transactions de fusionnement étaient plus complexes en raison principalement de la déréglementation et de la mondialisation des marchés;
- des modifications à la *Loi sur la concurrence* étaient entrées en vigueur en 1999;
- de nouvelles dispositions réglementaires prises en vertu de la partie IX de la Loi étaient entrées en vigueur le 27 décembre 1999;
- les projets de fusionnement des banques, les plus importants à avoir jamais été examinés dans toute l'histoire au Canada, avaient nécessité un volume de ressources sans précédent.

---

[5]Bureau de la concurrence. *Politique sur la tarification et les normes de service conformément à la* Loi sur la concurrence, *Questions courantes*. Ottawa, le 15 juin 1998.

[6]Bureau de la concurrence. *Guide sur la tarification et les normes de service conformément à la* Loi sur la concurrence. 2e parution. Ottawa, le 1er mai 1998.

[7]Bureau de la concurrence. *Tarification et normes de service. Rapport sur le Forum qui a eu lieu le 2 février 1999*. Ottawa, mai 1999.

Méthodologie

La méthodologie utilisée pour ce projet s'inspire de la méthodologie de l'analyse comparative élaborée par le American Productivity & Quality Centre (APQC), organisme ayant également assuré la formation des membres du Groupe de travail sur l'analyse comparative. Il convient toutefois de noter que la description ci-après a été simplifiée et que bon nombre d'étapes comportent elles-mêmes des étapes et d'autres éléments.

Voici les principales étapes de la méthodologie établie par l'APQC :

- former une équipe, désigner un champion et attribuer des ressources;
- décrire le processus devant faire l'objet de l'analyse comparative;
- identifier les intervenants;
- définir les facteurs décisifs de succès;[8]
- déterminer les processus fondamentaux qui influent le plus sur les facteurs de succès;
- identifier des partenaires aux fins de l'analyse comparative;
- recueillir des données secondaires (en vue des enquêtes auprès des partenaires et des entrevues avec ceux-ci);
- mener des sondages auprès des partenaires et avoir des entrevues avec ces derniers;
- analyser et normaliser les données;
- faire des recommandations et les mettre en oeuvre.

Description des processus

Lorsqu'on entreprend de procéder à une analyse comparative, il est essentiel de comprendre le processus que l'on cherche à améliorer. La description des processus permet l'identification des fonctions essentielles d'un processus, de dresser la liste des intervenants, de définir les facteurs critiques de succès selon les intervenants, et de repérer les goulots d'étranglement pouvant gêner l'efficience et l'efficacité du processus.

Des entrevues avec les principaux intéressés ont eu lieu aux fins de la description des processus. Ainsi, les personnes responsables des préavis ont été interrogées, les processus documentés et les goulots d'étranglement identifiés. Les personnes interrogées ont par la suite vérifié l'exactitude des conclusions, lesquelles ont ensuite été communiquées au groupe de travail pour qu'il les examine.

Entrevues avec les intervenants

Un élément clé de l'analyse comparative est l'identification des intervenants ainsi que de leurs besoins et intérêts sur le plan professionnel. Il est important de définir les types d'intervenants, tant à l'interne qu'à l'extérieur, et de concilier soigneusement les divers besoins

---

[8]Les caractéristiques, conditions ou variables qui influent directement sur la satisfaction de la clientèle à l'égard d'un processus commercial précis — les quelques domaines où un rendement satisfaisant est essentiel à la réussite d'une entreprise.

de façon impartiale dans le respect des bons principes économiques, et d'autres caractéristiques clés.

Il a été établi que le personnel de la Direction des fusionnements et les personnes qui s'occupent de l'examen des fusionnements, notamment le personnel de la Section du droit de la concurrence (« Section du droit de la concurrence, Justice Canada »), de la Direction des politiques et services de gestion et du bureau du commissaire, constituaient les intervenants à l'interne.

On a élaboré un sondage afin d'obtenir le point de vue des membres du personnel de la Direction des fusionnements, puisqu'à titre de principaux intervenants, ils ont une connaissance intime de tout le processus d'examen des fusionnements et représentent collectivement une véritable mine de connaissances et d'expérience. Les personnes interrogées comprenaient les gestionnaires, les personnes ayant travaillé à la Direction depuis sa création, d'autres ayant plusieurs années d'expérience dans l'examen des fusionnements et de nouveaux arrivants.

Il est important de noter que ce sondage visait à obtenir des points de vue et à identifier des questions. L'intention n'était pas de présenter un portrait objectif de l'information. Le questionnaire a été distribué à une quarantaine d'employés à l'occasion d'une réunion de la Direction, et ceux-ci ont été invités à le remplir, en gardant l'anonymat s'ils le désiraient. Plus de vingt questionnaires remplis ont été retournés.

Lors des entrevues avec les intervenants de l'extérieur, l'un des objectifs visés était d'identifier les avocats qui traitaient régulièrement avec la Direction des fusionnements. Il était aussi important de déterminer lesquels faisaient affaire avec le Bureau depuis de nombreuses années, et de s'assurer d'avoir les commentaires de ceux qui traitaient avec le Bureau avant aussi bien qu'après l'introduction du régime de tarification et des normes de service.

Des entrevues ont eu lieu avec plus de 40 avocats. Les questions leur avaient été communiquées au préalable, de sorte qu'ils étaient bien préparés, donnaient franchement leur opinion et étaient en mesure de proposer des améliorations au processus d'examen des fusionnements.

Partenaires dans le cadre de l'analyse comparative

Une fois franchies les étapes de la description des processus, des entretiens avec les intervenants et de la définition des principaux facteurs de succès, les organismes responsables de la concurrence dans d'autres administrations ont été invitées à collaborer, en tant que partenaires, au projet d'analyse comparative. Le choix s'est arrêté sur des organismes dont les pratiques et le degré de développement étaient comparables à ceux que l'on retrouve au Canada. Les organismes ayant accepté d'être partenaires pour l'analyse comparative sont entre autres l'Office of Fair Trading (Royaume-Uni), la Federal Trade Commission et le Department of Justice (États-Unis) et la Australian Competition and Consumer Commission.

Les dirigeants de ces organismes ont été invités par le commissaire de la concurrence du Canada à collaborer au projet d'analyse comparative des processus d'examen des fusionnements.

En contrepartie, le Bureau de la concurrence s'est engagé à communiquer à ces organismes les conclusions de l'étude et à garantir la confidentialité de tout renseignement de nature délicate.

Ce processus visant à recueillir des données comportait certaines étapes cruciales, dont celles de la définition des critères en fonction desquels on procède à l'examen des fusionnements dans ces administrations; de l'examen des processus et des questions se rapportant à l'examen des fusionnements; et de la tenue d'entrevues avec les membres du personnel et un certain nombre de leurs avocats clients concernés afin de tirer des leçons de leur expérience.

Mécanismes de rétroaction

Au moment d'établir un régime de tarification et des normes de service, le Bureau s'était aussi engagé à fournir aux intervenants un mécanisme de rétroaction pour faire en sorte que les utilisateurs payeurs aient leur mot à dire et bénéficient d'un mécanisme de traitement des plaintes. Trois mesures ont été retenues à cette fin : le forum sur la tarification et les normes de service, le mécanisme de mesures correctives et les feuillets de rétroaction. On a examiné les renseignements provenant de ces sources dans le cadre de ce projet d'analyse comparative.

Le Forum sur la tarification et les normes de service comporte des rencontres périodiques avec les principaux intervenants afin de revoir les processus tarifés. Pour plus de détails sur le premier Forum organisé par le Bureau après l'entrée en vigueur de la tarification et des normes de service, lequel a eu lieu en février 1999, veuillez consulter le *Bureau de la concurrence Tarification et normes de service Rapport sur le Forum*. (http://concurrence.ic.gc.ca)

Le sous-commissaire, Conformité et Opérations, est la première personne à prendre connaissance des plaintes formulées par le biais du mécanisme de mesures correctives du Bureau, quoique ce mécanisme n'ait encore jamais servi jusqu'ici. Pour plus de détails, voir le *Guide sur la tarification et les normes de service*. (http://concurrence.ic.gc.ca)

Le Bureau a élaboré des feuillets de rétroaction et les envoie avec les réponses à une demande de service comportant des frais. Par exemple, avec leur certificat de décision préalable, les parties reçoivent aussi un feuillet de rétroaction port payé. Un résumé de ces feuillets est inclus au chapitre 8 - Rapport sur les commentaires concernant les services liés aux fusionnements.

Autres ressources

Dans le cadre de cette étude, de nombreux documents et rapports ont été examinés. Ceci comprend des publications du UK Office of Fair Trading (OFT), du Departement of Justice (DOJ) et de la Federal Trade Commission (FTC) des État-Unis, de la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) et du International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC).

Examen des fusionnements au Canada

Chapitre 2

Le présent chapitre décrit le processus d'examen des fusionnements, tel qu'illustré par les activités de schématisation entreprises en 1998-1999 et mis à jour au printemps 2000. La première section présente les étapes que comporte l'examen des projets de transactions de fusionnement (préavis de fusionnement ou demandes de certificat de décision préalable) et mentionne les autres directions ou secteurs qui prennent part à ce travail[9].

Le chapitre se présente de la façon suivante :

- préavis;
- attribution et examen des cas;
- conseils juridiques;
- traitement financier;
- coopération internationale;
- Unité de reproduction;
- Centre de ressources;
- résumé des entrevues individuelles

Préavis de fusionnement

La notification - l'un des éléments les plus critiques du processus - joue un rôle fondamental selon le personnel de la Direction des fusionnements et les intervenants externes, et ce, pour les raisons suivantes :

- les retards que subit l'Unité des avis ont un effet direct sur le temps dont dispose le personnel de la Direction pour procéder à une évaluation initiale, déterminer la complexité du dossier et respecter les échéances;
- ces retards ont aussi une incidence sur les délais d'exécution généraux auxquels s'attendent les intervenants, de même que sur la possibilité qu'ont les avocats de s'entretenir avec un agent chargé d'une affaire pour discuter des exigences en matière de dépôt et des préoccupations relatives au projet de fusionnement.

En 1998, lorsque le processus d'examen des fusionnements a été schématisé pour la première fois, les normes de service étaient nouvelles. Il est survenu en outre une nette augmentation des interprétations juridiques relatives à la partie IX de la *Loi sur la concurrence*[10]. Les dépôts avaient aussi presque doublé au cours des deux années précédentes, ce qui intensifiait nettement le degré d'activité à l'Unité du préavis des fusionnements (UPF).

Du point de vue de la Direction des fusionnements, l'UPF était considérée à l'époque comme un goulot d'étranglement. Dans certains cas, il fallait deux ou trois jours avant qu'un dossier ne soit attribué à une division particulière. À cela s'ajoutait l'aménagement physique de

---

[9]Cette section ne décrit pas le processus relatif aux transactions d'Investissement Canada ou d'autres activités administratives ou d'examen qu'effectue la Direction des fusionnements.

[10]Étant donné que les parties étaient dorénavant tenues d'acquitter des frais, elles voulaient que l'on garantisse qu'elles étaient bel et bien obligées de déclarer leurs transactions.

l'Unité : un agent de l'UPF, en compagnie d'un employé de soutien situé à une distance considérable de lui. L'Unité partageait avec le reste de la Direction l'unique télécopieur dont les parties se servaient pour les dépôts. Les problèmes d'aménagement et de matériel pouvaient paraître presque insignifiants, mais ils avaient un effet marqué sur les délais d'exécution au sein de l'Unité.

Au cours du présent projet, les gestionnaires de la Direction et les membres de l'équipe du projet ont conclu que l'UPF avait besoin d'employés supplémentaires à cause de la complexité croissante des affaires, le nombre croissant des demandes d'information et d'aide des intervenants, ainsi qu'un nouveau règlement et de nouvelles directives.

La Direction des fusionnements s'est attaquée à ce problème en créant l'Unité des avis de fusionnements (UAF). L'UAF procède à la sélection initiale de tous les dossiers d'arrivée, indique le degré de complexité de chacun, transmet les dossiers complexes et très complexes à la Division A ou B, et traite la majorité des dossiers non complexes. Des agents nouveaux et des agents d'expérience sont affectés à l'UAF pour s'occuper de la charge de travail et réduire le nombre de dossiers non complexes qui sont attribués aux divisions. Cette solution permet à ces dernières de se concentrer sur les dossiers de nature plus complexe. Elle procure aussi d'excellentes occasions de formation et d'encadrement pour les nouveaux agents qui sont affectés à l'UAF.

Chacune des étapes du processus que suit l'UAF est décrite brièvement ci-dessous, en prenant pour base la mise à jour, en juin 2000, du processus de schématisation initial. Vu le grand nombre d'améliorations que l'Unité a accomplies depuis 1998, les auteurs considèrent l'UAF et ses processus comme des « pratiques optimales ».

1. La réceptionniste qui se trouve au 21e étage des locaux du Bureau de la concurrence reçoit la grande majorité des demandes de services relatifs aux fusionnements. Les avocats des parties transmettent habituellement les documents par messagerie, mais, quelquefois, ils le font en personne. La réceptionniste appose à l'aide d'un horodateur la date et l'heure sur l'enveloppe, et envoie un message électronique à la secrétaire et à l'agent de l'UAF pour que l'on vienne chercher l'enveloppe, ce qui se fait habituellement sur-le-champ.

2. La secrétaire appose ses initiales et l'heure sur la lettre d'accompagnement; elle ouvre ensuite un dossier dans le système de suivi et joint aux documents l'un des bordereaux d'acheminement à couleur indicative qui sont prévus à cet effet.

3. La secrétaire prépare la lettre d'accusé de réception[11] que l'agent de l'UAF signera, et remet le tout à ce dernier pour qu'il l'examine.

4. La secrétaire obtient un reçu de la Direction des politiques et services de gestion pour les frais de 25 000 $, montant que les parties paient habituellement par chèque.

---

[11]Les intervenants considèrent cette mesure comme fort importante; elle confirme que le Bureau a effectivement reçu les documents, et quand.

5. Après avoir examiné les documents, l'agent de l'UAF remplit le bordereau d'acheminement, en indiquant la période d'examen prévue par la loi et si le dossier est complet ou non, et il renvoie ensuite le dossier à la secrétaire aux fins de traitement. L'UAF a récemment instauré un système dans le cadre duquel il est possible d'attribuer un dossier à une division pour examen, même s'il est incomplet. L'agent tient un relevé de ces dossiers et communique régulièrement avec l'agent responsable afin de veiller à ce que le dossier soit bel et bien complété.

6. La secrétaire envoie la lettre d'accusé de réception, en indiquant l'heure et la date à laquelle le Bureau a reçu les documents et le paiement (le cas échéant). Une lettre indiquant si le dossier est complet ou non est également transmise. Ces documents sont envoyés aux parties par télécopieur et par la poste.

Les mesures qui précèdent sont toujours prises le même jour où le Bureau reçoit un préavis de fusionnement ou une demande de certificat de décision préalable, à moins que les documents n'arrivent trop tard ou que le dépôt suscite des difficultés, auquel cas le dossier est traité le lendemain.

7. La secrétaire consigne les renseignements pertinents dans le système de suivi et tient un registre financier, qui suit les chèques, les reçus et les paiements non réglés. Chaque mois, la secrétaire procède à un rapprochement entre ce registre et le rapport financier que fournit la Direction des politiques et services de gestion, ce qui assure l'exactitude du système financier du Bureau et garantit que l'on suit tous les paiements et que l'on en rend compte.

8. La secrétaire tient un relevé distinct des dépôts incomplets[12]. Elle communique tous les jours avec l'agent de l'UAF pour savoir si des renseignements supplémentaires ont été fournis et si le dossier est complet.

9. La secrétaire inscrit dans un calendrier la date de la fin du délai d'attente de la transaction. Les parties sont tenues d'aviser l'UAF lorsqu'une transaction est terminée. La secrétaire reçoit cette information et la consigne dans le système de suivi. Elle dispose d'un manuel de procédures qu'elle tient et met à jour, de sorte que d'autres personnes peuvent la remplacer et exécuter ces fonctions en cas d'absence de la secrétaire.

10. L'agent de l'UAF répond régulièrement à des appels concernant les exigences de dépôt. Vu l'expérience que cette personne a acquise à l'UAF, on est en mesure de répondre rapidement à la plupart des questions. En outre, au fil des ans, l'UAF a réuni un volume d'interprétations et de conseils juridiques qui ont été fournis aux conseillers juridiques.

11. Lorsque l'agent de l'UAF est saisi d'une question concernant la partie IX de la *Loi sur la concurrence*, la pratique consiste à téléphoner ou à envoyer un message électronique à

---

[12]Les renseignements qui manquent habituellement dans un dossier sont les noms et les numéros de téléphone de clients et de fournisseurs (20 pour un dépôt abrégé et 40 pour un dépôt détaillé) ainsi que la raison pour laquelle on invoque l'art. 116 pour justifier l'absence de certains renseignements.

l'avocat du ministère de la Justice qui est affecté à l'UAF (pour plus de renseignements, voir « Conseils juridiques » dans ce chapitre).

Observations

1. Les interprétations et les conseils fournis aux conseillers juridiques figurent actuellement dans des cahiers à anneaux ou des messages électroniques. Pour s'assurer que l'on fournit des renseignements uniformes aux intervenants, il est recommandé que la Direction introduise ces renseignements dans une base de données électronique, indexée par dispositions de la Loi, numéro de règlement et publication, de manière à ce que tous les membres de la Direction puissent y avoir accès. Avec les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* et au règlement, il est particulièrement important de fournir aux avocats des renseignements uniformes.

2. Il convient de rappeler aux conseillers juridiques que toute la correspondance, y compris les dépôts de préavis de fusionnement, les demandes de certificat de décision préalable, les mémoires ayant trait à la concurrence et les renseignements additionnels concernant un dossier, doivent être adressés à l'UAF, et non à l'agent chargé de l'affaire. Il faudrait informer les conseillers juridiques qu'adhérer au processus assure un suivi approprié et des délais d'exécution.

3. Un mécanisme a aussi été adopté récemment pour fournir aux « déposants habituels » des mises à jour régulières sur les procédures. L'UAF s'est engagée à rencontrer régulièrement les intervenants.

4. Il faudrait encourager les conseillers juridiques à fournir plusieurs copies « certifiées conformes » de leurs documents. Cela permettrait à la Direction des fusionnements de conserver les originaux et de remettre aux agents des copies de travail, et le processus canadien cadrerait ainsi davantage avec les pratiques que suivent les conseillers juridiques et les organismes d'autres juridictions.

Attribution des cas

Les auteurs ont conclu, en se basant sur leur recherche, que les pratiques décrites ci-dessous sont des « pratiques optimales » :

1. Lorsque la secrétaire de l'UAF reçoit un dossier, elle envoie un message électronique au sous-commissaire adjoint, assorti d'une copie à sa secrétaire, à l'agent de programme[13] et à l'agent de l'UAF, en donnant assez de renseignements sur le dossier pour que l'on détermine à qui l'attribuer. Le sous-commissaire adjoint répond, dans un délai d'une heure ou deux habituellement, en donnant le nom de l'agent et de son surveillant. La secrétaire de l'UAF consigne le nom de l'agent dans le système de suivi et lui remet directement le

[13]Les agents de programme sont également les personnes désignées pour remplacer les secrétaires en cas d'urgence.

dossier. Il s'agit là d'un processus nouveau, qui a remplacé les processus manuels antérieurs et qui réduit de deux jours dans certains cas les délais de traitement.

2. Lorsqu'une secrétaire de Division reçoit un dossier, celui-ci est enregistré dans une base de données avec les renseignements pertinents, y compris une indication selon laquelle le dossier est complet ou non et la période prévue par la norme de service, si on la connaît à ce moment-là. La secrétaire inscrit aussi une date AR (à rappeler), fixée à cinq jours plus tard; à ce moment-là, une vérification est faite auprès de l'agent pour déterminer si la période prévue par la norme de service a été établie ou non. Si c'est le cas, la lettre appropriée est rédigée pour que le sous-commissaire adjoint la signe. Il y a une exception à ce processus, qui s'applique lorsque l'évaluation aura lieu dans un délai de moins de cinq jours. Dans ces circonstances, les agents téléphonent habituellement aux avocats des parties pour les informer de l'issue de l'évaluation.

3. Lorsque l'examen est terminé, l'agent effectue son évaluation dans un « modèle de présentation » ou dans un modèle WordPerfect.

4. Selon les résultats de l'évaluation, les secrétaires de division produisent la réponse appropriée, que le sous-commissaire adjoint signera ensuite. Elles préparent toutes les lettres et tous les certificats. Des modèles de présentation ont été créés pour toutes les réponses possibles. Les secrétaires transmettent les réponses par télécopieur et par la poste, accompagnées dans tous les cas d'un feuillet de rétroaction.

5. Lorsque l'examen est complet, les secrétaires modifient le système de suivi afin d'indiquer la date réelle de la fin de l'examen. Elles indiquent aussi si l'examen a donné lieu à un certificat de décision préalable, à une lettre indiquant qu'aucune mesure n'a été prise ou à une autre action. Toutes les lettres, tous les certificats et tous les documents importants sont tenus dans le système de suivi de la Direction des fusionnements afin de pouvoir les consulter ultérieurement.

Conseils juridiques

Le processus suivi en vue d'obtenir des conseils juridiques pour l'UAF est considéré comme une pratique optimale.

La Section du droit de la concurrence de Justice Canada dispose d'un avocat dont la tâche consiste à fournir des conseils juridiques sur les questions de préavis. L'UAF et cet avocat échangent habituellement des messages électroniques et des appels téléphoniques, et confirment par écrit tout avis officiel, habituellement par courrier électronique. Si cet avocat doit s'absenter, il en avise l'UAF et veille à ce que quelqu'un soit présent pour assurer un soutien juridique.

Des nombreux avis officiels et non officiels d'avocat on été fournis à l'UAF au cours des dernières années. Il serait avantageux, tant pour le Bureau que pour la Section du droit de la concurrence de Justice Canada, que ces avis soient tous saisis et indexés électroniquement.

Traitement financier

Le traitement des revenus et des renseignements financiers est considéré comme une pratique optimale.

Au Bureau, un agent financier particulier veille à ce que les revenus soient traités aussi rapidement que possible. Une autre personne est également disponible pour faire ce travail lorsque la première personne est absente. Environ 90 pour cent des revenus traités à la Direction des politiques et services de gestion ont trait aux fusionnements.

L'UAF et l'agent financier ont établi d'excellentes communications, et se tiennent l'un l'autre au courant des absences à venir et des demandes urgentes.

Agents de programme

Les agents chargés des cas ont été unanimes à penser que le traitement des cas s'est radicalement amélioré depuis que l'on a ajouté des agents de programme aux équipes chargées des cas. Ces agents sont considérés comme fort utiles pour régler les affaires en temps opportun.

Les agents de programme sont chargés de coordonner les principaux dossiers et d'exécuter un certain nombre de fonctions utiles, comme celles qui sont énumérées ci-dessous, et cela permet aux agents chargés des cas de se concentrer sur l'analyse des transactions.

1. Ils enregistrent toute la correspondance dans le système de suivi[14].
2. Ils effectuent des recherches dans Internet et obtiennent des documents et des renseignements du Centre de ressources.
3. Ils coordonnent tous les documents reçus qui se rapportent aux documents présentés en vertu de l'article 11 (ils codent des documents[15], font des copies, enregistrent des renseignements dans le système de suivi et renvoient des documents aux parties).
4. Ils dressent des listes de contacts et font des appels téléphoniques pour obtenir des documents tels que des rapports annuels.
5. Ils aident à préparer les affidavits.
6. Ils aident à la préparation des reliures à anneaux pour le Tribunal.
7. Ils préparent souvent l'équipement électronique comme les ordinateurs portatifs, les serveurs, etc.
8. Ils coordonnent le calendrier de comparution des témoins devant le Tribunal.
9. Ils coordonnent souvent les horaires de vol et l'hébergement des témoins, des experts, des agents et du personnel de soutien.
10. Ils préparent les demandes de remboursement de voyage lorsque c'est terminé.
11. Ils ferment des dossiers et créent des index au cas où l'on aurait besoin de documents pour des affaires ultérieures.
12. Ils rédigent souvent des réponses types pour la correspondance.

---

[14]On établit habituellement un fichier de données particulier pour les gros dossiers.

[15]Dans le dossier de l'industrie laitière, un agent a codé et certifié environ 50 000 documents.

Les agents de programme ont exprimé le désir d'aider davantage les agents qui s'occupent d'affaires particulières. Malheureusement, comme il n'en existe à l'heure actuelle qu'un seul pour chaque division, ils sont à peine capables d'assurer un plein soutien pour toutes les affaires importantes.

Compte tenu de cette charge de travail, les agents de programme ont jugé qu'ils n'ont pas eu la possibilité de montrer leur plein potentiel. Les agents chargés des cas ont reconnu également que les agents de programme avaient de lourdes charges de travail, et ils hésitaient donc à leur imposer des pressions supplémentaires.

Vu le succès qu'obtient jusqu'ici la formule des agents de programme et le potentiel évident que comporte le fait que ces derniers assument des fonctions supplémentaires, les auteurs sont d'avis qu'il serait avantageux que la Direction embauche plus d'agents de programme.

Notifications internationales et points de contact

À la Direction de l'économie et des affaires internationales, la Division des affaires internationales (« EAI ») reçoit des notifications d'autres administrations (provenant principalement de l'Australie, de l'Union européenne et des États-Unis) et avise d'autres organismes de toutes les transactions canadiennes proposées notifiables qui comportent des aspects internationaux. Toutes les notifications reçues d'homologues étrangers sont remises immédiatement à l'UAF afin d'être traitées.

Des communications systématiques et faites en temps opportun entre EAI et les homologues étrangers sont aussi très importantes afin d'identifier les points de contact étrangers. Ceci est surtout vrai en ce qui concerne l'Union européenne à cause de ses délais serrés concernant l'examen des fusionnements. Le délai pendant lequel la Direction des fusionnements peut examiner un fusionnement commun et discuter de mesures correctives acceptables au Canada est limité.

Le comité international du Bureau implanté depuis peu continue à contribuer à des améliorations dans ce domaine.

Unité de reproduction

À la Direction des politiques et services de gestion, l'Unité de reproduction s'occupe de photocopier, notamment, tous les documents destinés aux procédures devant le Tribunal de la concurrence et tous les documents obtenus en vertu de l'article 11. L'Unité offre des délais d'exécution fort rapides à la condition que l'on avise au préalable le personnel qu'il y aura de nombreux documents à traiter. Toutefois, l'Unité est souvent informée à la dernière minute d'un travail urgent ou volumineux à effectuer. Une meilleure façon de planifier les demandes améliorerait l'efficacité du processus.

Centre de ressources

Le Centre de ressources compte deux agents spécialisés qui ont pour tâche de chercher des renseignements pour le Bureau. Ces deux personnes sont régulièrement appelées à fournir des renseignements sur des entreprises, des renseignements sur des industries et des documents de nature juridique. En 1998, de pair avec l'implantation de la tarification et des normes de service, le Bureau a institué une procédure afin de veiller à ce que le personnel du Centre de ressources comprenne l'urgence de certaines demandes et le genre de renseignements habituellement requis. La qualité et l'opportunité des réponses du Centre de ressources sont considérées comme une « pratique optimale ».

Résumé des entrevues individuelles

Pendant le processus de schématisation, plusieurs personnes du Bureau ont été interviewées en vue de permettre aux auteurs de décrire le processus d'examen des fusionnements au Canada. Des employés ont aussi répondu à des questions ouvertes telles que « comment amélioriez-vous le processus d'examen des fusionnements? » La section suivante est un résumé des commentaires que les employés ont faits. On retrouve seulement les commentaires faits par plusieurs personnes afin de respecter la confidentialité.

Il est clairement ressorti de ces entrevues que les employés des fusionnements trouvent leur travail extrêmement intéressant et stimulant. Ils ont affaire à des questions nouvelles, travaillent dans des délais serrés et, dans la plupart des cas, sont très satisfaits de la carrière qu'ils mènent au sein de la Direction. Cela étant dit, ces entrevues ont montré aussi que les deux divisions avaient affaire à des charges de travail fort lourdes, qu'elles ne comptaient pas assez d'e personnel.

Voici les principaux thèmes qui ont été mentionnés pendant les entrevues.

Normes de service

Certaines des personnes interviewées avaient le sentiment que l'examen des fusionnements était davantage centré sur la poursuite du processus depuis que l'on avait commencé à percevoir des frais. À ce sujet, il a été indiqué que quelques avocats présentaient des observations sur la complexité d'un dossier. Cela est considéré de peu de valeur pour le Bureau, les avocats et les parties. Certains ont également exprimé l'avis qu'étant donné que les normes de service n'avaient pas été introduites à la suite d'une demande de l'extérieur, elles ajoutent peu de choses au processus. Les répondants étaient généralement d'avis que le moteur des activités de la Direction devrait être les dates de clôture, et non la norme de service.

Selon certaines indications, le personnel serait en faveur d'un examen de la politique actuelle concernant les normes de services.

Charge de travail

Chez les personnes interviewées, le consensus était que l'on traitait rapidement les affaires « qui ne suscitaient pas de problèmes »; quant aux affaires d'envergure, le personnel qui y est affecté était adéquat, et les gestionnaires leur attribuaient le degré de priorité nécessaire. C'étaient les affaires qui se situaient dans la catégorie des dossiers de complexité faible à modérée qui semblaient poser le plus de problèmes. Les agents chargés des affaires considéraient que ces derniers nécessitaient un temps et des efforts considérables. Vu la charge de travail actuelle (au moment des entrevues), les agents avaient le sentiment que ces affaires étaient celles pour lesquelles on manquait de ressources.

Il a été noté que certains agents ne s'occupaient en général que des affaires importantes. Ce fait avait un certain nombre d'effets :

- certains appréciaient la possibilité de se concentrer sur une affaire unique et de ne pas être dérangés par d'autres dossiers;
- certains agents chargés des affaires admettaient qu'ils étaient surchargés de travail et au bord de l'épuisement;

Un certain nombre d'employés ont exprimé l'avis que la charge de travail serait moins un problème si, lorsque la Direction est saisie d'une affaire volumineuse, il était possible d'obtenir avec plus de facilité des agents d'autres directions du Bureau.

Les agents ont également suggéré que le Bureau devrait étudier de près la possibilité d'effectuer des échanges ou de mettre sur pied un autre programme afin d'embaucher des avocats du secteur privé. Ceci assurerait un bon mélange entre le nouveau personnel et le personnel ayant de l'expérience.

Formation

De l'avis unanime des participants, il y avait un besoin de créer un programme de formation pour la Direction des fusionnements. Ce programme serait destiné aux personnes suivantes :

a) les nouveaux employés, que l'on initierait de manière structurée à la Direction et au Bureau;
b) tous les employés qui suivraient une formation sur les questions nouvelles et des questions de l'heure et qui acquerraient une certaine compétence dans des domaines précis.

Quelques membres supérieurs de la Direction des fusionnements étaient agacés par l'incapacité dans laquelle ils se trouvaient d'assurer une formation et un encadrement adéquats aux nouveaux arrivants à cause de la lourdeur de leur charge de travail. En outre, les nouveaux agents avaient le sentiment qu'ils devaient se débrouiller seuls dès le premier jour car ils ne recevaient qu'une formation, un encadrement ou des conseils limités.

Cela faisait en sorte que les nouveaux agents manquaient de confiance lorsqu'ils s'entretenaient avec des avocats chevronnés et des dirigeants d'entreprise, et surtout lorsqu'ils discutaient de sujets complexes, comme la définition de marché et les barrières à l'entrée.

Les entrevues ont aussi révélé qu'à cause d'un manque de formation et de confiance, quelques agents inexpérimentés étaient inquiets du fait qu'ils pouvaient classer des transactions dans une catégorie trop élevée afin d'avoir plus de temps pour connaître une industrie et les marchés géographiques.

Tableau 1. Nombre/Pourcentage des cas par niveau de complexité excluant la titralisation*
Ce tableau inclut toutes les transactions qui ont été complétées avant la fin de l'exercice financier. (On peut y retrouver des transactions qui n'avaient pas débuté la même année.)

	Nombre de transactions							
	2000-2001		1999-2000		1998-1999		1997-1998[16]	
Complexité	#	(%)	#	(%)	#	(%)	#	(%)
Non complexe	282	(81)	232	(80)	212	(77)	68	(89)
Complexe	53	(15)	49	(17)	56	(20)	8	(11)
Très complexe	14	(4)	8	(3)	6	(2)	0	s/o
Total	349	(100)	289	(100)	274	(100)	76	(100)

*Comprend les transactions entre le 1er avril et le 31 mars sauf en 1997/1998, voir la note de bas de page 16.

Le tableau 1 indique qu'en général, les cas de fusionnement révisés par la Direction continue d'être distribués de façon cohérente en vertu des niveaux de complexité. En 1997, lorsque le Bureau a adopté les normes de service, on s'attendait à ce que, en se basant sur le nombre de cas entre 1993 et 1996, environ 85 pour cent des dossiers soient classés dans la catégorie non complexe, 10 pour cent dans la catégorie complexe et 5 pour cent dans la catégorie très complexe. Les deux derniers exercices financiers indiquent une distribution de près de 80 pour cent de non complexe, 15 pour cent complexe et 5 pour cent très complexe.

Les problèmes de formation et d'uniformité ont été réglés car, avec l'arrivée la plus récente de nouveaux agents, la Direction des fusionnements a institué un processus officiel de formation qui comprend un survol du travail du Bureau, une formation en matière de préavis et d'examen de fusionnements, un encadrement régulier, un système de mentorat et l'occasion d'affectations par rotation dans d'autres parties de la Direction. Plusieurs agents supérieurs ont également suivi une formation dans le cadre du Projet de formation en leadership (PFL) du Ministère. De plus, l'UAF classifie tous les dossiers (niveaux de complexité) afin d'assurer l'uniformité et la prévisibilité dans ce domaine. Ces mesures sont censées améliorer les questions de moral, de charge de travail, et la qualité ainsi que l'opportunité de l'examen des fusionnements.

[16]Représente seulement les cas complétés entre le 3 novembre 1997 et le 31 mars 1998.

Autres questions

Selon certains des agents chargés des cas, même si l'on a récemment modifié le formulaire de dépôt, celui-ci ne fournit toujours pas la totalité des renseignements requis pour évaluer les questions liées à la concurrence. Certains ont jugé que le fait de se rapprocher du modèle américain, dont les exigences d'information sont supérieures et dont la période d'examen initial est de 30 jours, serait avantageux pour les parties, surtout celles qui prennent part à des transactions relevant de plusieurs juridictions.

Le personnel de la Direction a clairement indiqué l'importance d'avoir des avocats avec expérience du ministère de la Justice pour appuyer les activités de la Direction des fusionnements.

La plupart des agents chargés d'affaires ont convenu que le fait d'avoir délégué des autorisations au sous-commissaire principal et aux sous-commissaires adjoints a aidé à améliorer les délais d'exécution à l'interne. Certains ont toutefois formulé la mise en garde selon laquelle, en raison du délai de trois ans pendant lequel le Bureau peut contester une transaction terminée et l'importance relative des lettres indiquant la prise d'« aucune mesure » dans des cas non routiniers, il faudrait que ces dernières soient examinées par des avocats d'expérience du ministère de la Justice du Canada avant d'être envoyées aux parties.

Certains ont fait remarquer qu'il faudrait envisager de modifier les articles 11 et 18 de la *Loi sur la concurrence* afin de faire disparaître l'obligation de retourner les documents dans un délai de 60 jours. On pourrait exiger que les parties fournissent à la Direction trois « copies certifiées conformes », qui ne seraient pas retournées. Cette mesure améliorerait les délais d'exécution pour le Bureau, et réduirait le coût des heures supplémentaires qu'effectuent les employés de l'Unité de reproduction

Sondage mené auprès du personnel de la Direction des fusionnements

Chapitre 3

Le présent chapitre complète les renseignements du chapitre 2 à propos du processus canadien d'examen des fusionnements. Le sondage avait pour but de donner à tout le personnel de la Direction des fusionnements la possibilité de contribuer au processus d'analyse comparative et, plus précisément, de faire part ouvertement et confidentiellement de leurs points de vue et de leurs opinions sur la Direction.

Des membres de la Direction et de l'extérieur de cette dernière ont élaboré un bref questionnaire (annexe A) et l'ont passé en revue afin de s'assurer que la terminologie ne poserait pas de difficultés aux personnes qui répondraient aux questions et que le document était clair et concis. À la lumière des réponses reçues, les auteurs croient qu'il y a des éléments du questionnaire que l'on aurait pu mieux formuler afin d'éviter une certaine ambiguïté apparente. Toutefois, cela ne semble avoir eu qu'un effet minime sur les résultats.

Le personnel a reçu le sondage lors d'une réunion de la Direction tenue en mars 2000. Le sous-commissaire et l'un des sous-commissaires adjoints étaient présents, et ils ont donné un bref aperçu du but et de l'importance du sondage. La plupart des employés étaient déjà au courant du projet d'analyse comparative, mais d'autres en entendaient parler pour la première fois.

On a encouragé tout le personnel à remplir et à retourner le questionnaire. Les répondants pouvaient garder l'anonymat, ou indiquer leur nom et leur numéro de téléphone de manière à ce qu'il soit possible de les joindre si l'on avait besoin d'éclaircissements au sujet d'un commentaire particulier. Environ le tiers des répondants ont indiqué leur nom et leur numéro. Le sondage a été distribué aux 44 membres de la Direction, et 23 (52,3 pour cent) questionnaires dûment remplis ont été retournés.

Le sondage comprenait cinq questions, conçues pour évaluer les impressions du personnel, et non pour susciter des réponses basées sur des faits. Le personnel a été invité à expliciter son opinion en se fondant sur son expérience. Pour favoriser une grande participation, le questionnaire était fort bref : deux pages de questions à choix multiples et de l'espace supplémentaire pour développer les réponses le cas échéant.

Les résultats sont présentés dans le même ordre que celui des questions du questionnaire, et des explications concernant chaque question sont également données.

Résultats

Question 1 : Depuis combien d'années/mois travaillez-vous à la Direction des fusionnements?

Chez les 23 employés qui ont répondu, la durée moyenne de service à la Direction était de 6,3 années; la période la plus courte était de 6 mois et la plus longue de 13 ans.

Question 2 : À votre avis, comment pourrait-on améliorer le processus d'examen des fusionnements? Classez vos réponses de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour celle qui l'est le moins.

Cette question contenait une liste de 13 améliorations hypothétiques, dont 12 devaient être classées séparément en fonction de leur importance, sur une échelle mobile de 1 à 5. Quelques personnes n'ont choisi que cinq éléments de la liste et les ont classés de 1 à 5. D'autres ont classé tous les éléments, tandis que d'autres encore en ont classé plus que cinq, mais pas les douze. Le dernier élément de la liste était « Autres (veuillez expliquer) » et visait à permettre au personnel d'écrire des détails supplémentaires ou de suggérer d'autres améliorations non incluses dans la liste.

Le tableau 1 montre les éléments dans l'ordre où ils étaient présentés dans le questionnaire, de même que le nombre de réponses données à chacun. La colonne de droite indique le degré d'importance attribué le plus souvent à chaque élément. Par exemple, un *1* apparaît dans la colonne de droite à côté du premier élément - « Déléguer les pouvoirs de signature pour les avis non complexes » - car la plupart des répondants ont jugé qu'il s'agissait là de l'élément le plus important.

Tableau 1

	Nombre de réponses	**Classement majoritaire**
1. Déléguer des pouvoirs de signature pour les avis non complexes	17	1
2. Améliorer les délais d'exécution à l'Unité des préavis	16	4
3. Améliorer les délais d'exécution aux bureaux du sous-commissaire et/ou des sous-commissaires adjoints	17	3
4. Simplifier les exigences de dépôt	15	5
5. Réviser les normes de service	15	1
6. Réviser les définitions de la complexité	15	1
7. Déléguer l'affectation des cas à une personne autre que le sous-commissaire ou les sous-commissaires adjoints	17	5
8. Réviser et utiliser davantage les critères de pondération des cas	16	5
9. Embaucher plus d'agents	21	1
10. Embaucher plus d'employés de soutien	19	2
11. Accorder davantage de fonds pour des experts	18	2
12. Améliorer le système de suivi	15	2
13. Autres (veuillez expliquer)	11	Voir ci-dessous

La liste qui suit montre les améliorations suggérées dans l'ordre d'importance que les répondants ont indiqué. Autrement dit, une majorité d'employés ont classé tous les éléments sous la rubrique « classement majoritaire 1 » comme étant les plus importants. Par ailleurs, avec chaque niveau de classement, chacun des éléments a été énuméré en ordre de priorité, d'après le nombre de réponses. Par exemple, plus d'employés ont classé au premier rang l'élément « Embaucher plus d'agents » que l'élément « Déléguer des pouvoirs de signature pour les avis non complexes ».

Classement majoritaire 1

Embaucher plus d'agents
Déléguer des pouvoirs de signature pour les avis non complexes
Réviser les définitions de la complexité
Réviser les normes de service

Classement majoritaire 2

Accorder davantage de fonds pour des experts
Embaucher plus d'employés de soutien

Classement majoritaire 3

Améliorer les délais d'exécution aux bureaux du sous-commissaire et/ou des sous-commissaires adjoints

Classement majoritaire 4

Améliorer le système de suivi
Améliorer les délais d'exécution à l'Unité des préavis

Classement majoritaire 5

Simplifier les exigences de dépôt
Réviser et utiliser davantage les critères de pondération des cas
Déléguer l'attribution des cas à une personne autre que le sous-commissaire et les sous-commissaires adjoints

Autres (veuillez expliquer)

La catégorie - « Autres (veuillez expliquer) » - a suscité de nombreux commentaires, qui sont résumés et regroupés ci-dessous.

Besoins en ressources : Bon nombre d'employés étaient d'avis que la Direction devrait embaucher plus d'agents et d'employés de soutien. Au nombre des autres demandes figuraient la création d'une autre division ainsi qu' une formation et un encadrement améliorés pour les nouveaux employés. D'autres ont pensé qu'il était nécessaire de bénéficier à l'interne de plus

d'aide économique chevronnée. Une personne a fait remarquer que « nous avons besoin de ressources additionnelles pour examiner les fusionnements et les contester, et ce, afin de pouvoir établir un ensemble de jugements ».

Unité des préavis : Plusieurs personnes ont suggéré que l'on transforme l'Unité en une unité spécialisée chargée de traiter les cas non complexes, les cas sans chevauchements et les cas ordinaires de demande de certificat de décision préalable. Certains ont fait remarquer qu'il fallait que cette unité soit dirigée par un CO-3, qui pourrait également classer des cas (niveaux de complexité).

Formation : Quelques répondants ont signalé que les gestionnaires et les agents supérieurs devraient fournir des directives et des conseils clairs, et d'autres ont fait savoir qu'il serait bon de dresser une liste détaillée des renseignements dont l'industrie a besoin.

Efficacité : Certains ont déclaré que les certificats de décision préalable devraient être traités plus rapidement et porter la signature du sous-commissaire principal[17]. D'autres ont jugé que des CO-1 et CO-2 d'expérience devraient s'occuper des cas non complexes, qu'il ne faudrait pas plus d'un ou deux jours pour traiter les certificats et qu'il serait bon d'harmoniser les pratiques des deux divisions.

Définitions de la complexité et normes de service : Selon certains, il faudrait établir une nouvelle catégorie pour les dossiers qui se situent quelque part entre les catégories actuelles de cas non complexes et de cas complexes. D'autres ont jugé qu'il faudrait réviser les normes de service et clarifier le moment où la période d'attente commence à courir.

Question 3 : À votre avis, quelles sont les questions qui préoccupent le plus les parties qui fusionnent? Classez vos réponses de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour celle qui l'est le moins.

Cette question contenait une liste de six éléments, dont cinq devaient être classés séparément en fonction de leur importance, sur une échelle de 1 à 5. Pour cette question, les employés classaient chacun des éléments en ordre d'importance par rapport aux autres éléments de la liste. Autrement dit, ceux qui pensaient que l'élément « Délais d'exécution » était plus important que « Qualité des réponses » donnaient au premier une note de 1 et au second une note de 2. Le sixième élément - « Autres (veuillez expliquer) » - visait à permettre aux employés d'écrire des détails supplémentaires ou de suggérer d'autres améliorations non incluses dans la liste.

Le tableau 2 montre les éléments dans l'ordre où ils ont été présentés dans le questionnaire, ainsi que le nombre de réponses à chacun. La colonne de droite indique le degré d'importance accordé le plus souvent à chacun. Par exemple, un *1* apparaît dans la colonne de droite à côté du premier élément - « Délais d'exécution » - parce que la plupart des répondants ont jugé que cet élément était le plus important.

---

[17]Depuis le début de l'examen relatif à l'analyse comparative, le commissaire a délégué cette tâche au sous-commissaire principal.

Tableau 2

	Nombre de réponses	Classement majoritaire
Délais d'exécution	19	1
Qualité des réponses	19	2
Frais moins élevés	18	4
Exigences de dépôt simplifiées, moins fastidieuses	17	3
Réduction du nombre de lettres provenant de la Direction des fusionnements	17	5
Autres (veuillez expliquer)	9	Voir ci-dessous

Autres (veuillez d'expliquer)

La catégorie - « Autres (veuillez expliquer) » - a suscité plusieurs commentaires. Ces derniers sont résumés et regroupés ci-dessous.

Délais d'exécution : De nombreux commentaires ont été faits au sujet de l'importance, aux yeux des intervenants, des délais d'exécution. Quelques répondants ont fait remarquer aussi que les avocats veulent également avoir une « idée claire de ce que sont les préoccupations ».

Besoins d'information : Plusieurs répondants ont fait remarquer que, de l'avis des intervenants, « l'exhaustivité des demandes d'information est un autre problème ».

Définitions de la complexité et les normes de service : Quelques répondants ont indiqué que les définitions de la complexité sont une cause de préoccupation. « Pour les avocats, les délais d'exécution constituent le principal sujet d'intérêt ».

Question 4 : Comment pourrait-on réduire les frais liés aux cas complexes et très complexes? Classez votre réponse de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour celle qui l'est le moins.

Cette question contenait une liste de cinq éléments, dont quatre devaient être classés séparément en fonction de leur importance, sur une échelle de 1 à 5. Pour cette question, les employés classaient chacun des éléments en ordre d'importance par rapport aux autres éléments de la liste. Autrement dit, ceux qui pensaient que l'élément «Recourir davantage aux économistes internes » importait plus que « Utiliser des avocats de la Justice plus souvent que des avocats de l'extérieur » ont classé au premier rang le premier élément et au deuxième rang le second. La catégorie « Autres (veuillez expliquer) » visait à permettre aux employés d'écrire des détails additionnels ou de suggérer d'autres améliorations non incluses dans la liste.

Le tableau 3 montre les éléments dans l'ordre où ils étaient présentés dans le questionnaire. Il montre aussi le nombre de réponses données à chaque élément et, dans la

colonne de droite, l'importance qui a été le plus souvent accordée. Autrement dit, si la plupart des répondants pensaient que le premier élément « Recourir davantage aux économistes internes » était le plus important, le chiffre *1* apparaît donc dans la colonne de droite.

Tableau 3

	Nombre de réponses	**Classement majoritaire**
Recourir davantage aux économistes internes	17	2
Utiliser des avocats de la Justice plus souvent que des avocats de l'extérieur	15	1
Utiliser davantage les critères de pondération, et faire le lien avec les budgets	12	3
Surveiller les travaux produits par les entrepreneurs et mener une post-évaluation des travaux et des coûts en cause	13	4
Autres (veuillez expliquer)	13	Voir ci-dessous

Autres (veuillez expliquer)

La catégorie, intitulé « Autres (veuillez expliquer) », a suscité plusieurs commentaires, lesquels sont résumés et regroupés ci-dessous.

Gestion des cas : De nombreux commentaires ont été faits au sujet d'une amélioration de l'efficacité grâce à des pratiques de gestion améliorées. Par exemple, on a fait référence au besoin d'aborder de façon méthodique l'élaboration d'un cas afin de veiller à ce qu'il ne survienne pas de changement d'orientation à mi-chemin. On a également fait référence au besoin de clore rapidement un cas lorsque celui-ci a peu de chances de succès ou lorsque des préoccupations ne sont pas vraiment sérieuses, de manière à orienter les ressources vers les cas importants. D'autres ont fait remarquer qu'il est nécessaire d'obtenir davantage de renseignements concernant les experts et qu'il faudrait mener des évaluations postérieures des cas afin « d'éviter d'embaucher des experts qui n'ont pas fait montre d'un bon rendement et qui, dans des dossiers antérieurs, ont coûté excessivement cher ». En revanche, certains ont exprimé l'avis que « nous ne dépensons pas assez d'argent ou n'avons pas assez d'argent à consacrer à des cas complexes et très complexes » et que « le montant que nous consacrons à des experts est une fraction de ce que dépensent les avocats de la défense; sur ce plan, les coupures de fonds constituent une fausse économie ».

Avocats de la Justice et experts : Des répondants ont signalé que la Direction devrait envisager de recourir à un plus grand nombre de mesures incitatives afin d'attirer des avocats de la Justice. Certains ont jugé aussi qu'il était nécessaire d'augmenter les ressources internes dans le domaine de l'industrie.

Question 5 : Avez-vous d'autres commentaires ou suggestions à formuler?

Voici quelques exemples d'autres questions que les répondants ont jugé importantes pour rendre le processus efficace.

- Les lettres relatives à la complexité devraient porter la signature d'un CO-3, et la délégation de pouvoirs concernant les cas non complexes et les certificats de décision préalable, constituent une priorité pour ce qui est de simplifier le processus.
- Dans un dossier important, il faudrait créer le plus tôt possible des équipes d'agents, d'économistes et d'avocats de l'extérieur.
- Il faudrait fixer un délai d'exécution de cinq semaines dans le cas d'un degré de complexité « modéré », pour les affaires au sujet desquelles il est nécessaire d'établir des contacts sur le marché.
- Le système de suivi de la Direction des fusionnements devrait être amélioré afin de faciliter les recherches et veiller à ce que les documents importants soient accessibles (c'est-à-dire contrats d'expert, précédents et cartes pour la période de questions).
- Il est indispensable que la Direction des fusionnements traite des questions fondamentales de dotation en personnel et de budget.
- « Nous manquons de ressources. Les demandes imposent un lourd fardeau et causent beaucoup de stress. Chaque agent a probablement entre les mains un dossier de trop ». « Nous devons recruter les meilleurs nouveaux diplômés qui soient et embaucher des avocats qui veulent passer du secteur privé au secteur public ».
- « Étant donné qu'aux États-Unis les frais sont deux fois plus élevés qu'au Canada, ces derniers ne sont pas un problème; en fait, il est probablement nécessaire d'augmenter les frais compte tenu du nombre de fois où nous avons eu besoin d'obtenir une aide financière du Conseil du Trésor pour des cas importants et visibles ».

Résumé

Il y a des aspects importants qui sont communiqués lorsque l'on demande aux employés de dire ce qu'ils pensent de la façon d'améliorer le processus de révision des fusionnements. Le fait d'examiner le processus de l'« intérieur » a l'avantage de susciter des questions que, sans cela, on ne se poserait peut-être pas.

Détail des plus intéressants, la plupart des questions considérées comme importantes sont les mêmes à l'interne qu'à l'externe. De nombreuses préoccupations et de nombreux commentaires des employés sont forts similaires à ceux des intervenants et à ceux qui ont été identifiés d'un point de vue international.

Annexe A

Projet d'analyse comparative – Examen des fusionnements
Questionnaire

Nous vous saurions gré de prendre quelques minutes pour remplir ce bref questionnaire. Vos commentaires serviront à compléter d'autres recherches menées auprès de sources situées à l'intérieur et à l'extérieur du Bureau. Tous les questionnaires dûment remplis seront traités confidentiellement. Un rapport final sera fourni aux gestionnaires et au personnel de la Direction des fusionnements à la fin de la présente année financière.

1. Depuis combien d'années/mois travaillez-vous à la Direction des fusionnement? _____
_____

2. À votre avis, comment pourrait-on améliorer le processus d'examen des fusionnements? *Classez vos réponses de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour celle qui l'est le moins.*

___ 1. Déléguer des pouvoirs de signature pour les avis non complexes
___ 2. Améliorer les délais d'exécution à l'Unité des préavis
___ 3. Améliorer les délais d'exécution aux bureaux du sous-commissaire et/ou des sous-commissaires adjoints
___ 4. Simplifier les exigences de dépôt
___ 5. Réviser les normes de service
___ 6. Réviser les définitions de la complexité
___ 7. Déléguer l'attribution des cas à une personne autre que le sous-commissaire ou les sous-commissaires adjoints
___ 8. Réviser et utiliser davantage les critères de pondération
___ 9. Embaucher plus d'agents
___ 10. Embaucher plus d'employés de soutien
___ 11. Accorder davantage de fonds pour des experts
___ 12. Améliorer le système de suivi
___ 13. Autres (veuillez expliquer):_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____

3. À votre avis, quelles sont les questions qui préoccupent le plus les parties qui fusionnent? *Classez vos réponses de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour elle qui l'est le moins.*

Délais d'exécution ___
Qualité des réponses ___
Frais moins élevés ___
Exigences de dépôt simplifiées, moins fastidieuses ___
Réduction du nombre de lettres provenant de la Direction des fusionnements ___
Autres (veuillez expliquer)
_____
_____
_____

4. Comment pourrait-on réduire les coûts liés aux cas complexes et très complexes? *Classez vos réponses de 1 à 5, soit 1 pour la plus importante et 5 pour celle qui l'est le moins.*

___ 1. Recourir davantage aux économistes internes
___ 2. Utiliser des avocats de la Justice plus souvent que des avocats de l'extérieur
___ 3. Utiliser davantage les critères de pondération, et faire le lien avec les budgets
___ 4. Surveiller les travaux produits par les entrepreneurs et mener une post-évaluation des travaux et des coûts en cause
___ 5. Autres (veuillez expliquer)_____
_____
_____
_____

5. Avez-vous d'autres commentaires ou suggestions à formuler?
_____
_____
_____
_____

Facultatif : Il est possible que nous voulions communiquer avec vous pour obtenir plus de détails au sujet de vos réponses. Lors de tout entretien complémentaire, votre nom demeurera confidentiel. Vous n'êtes toutefois pas tenu d'indiquer votre nom et votre numéro.

Nom : **N° de téléphone (bureau) :**

Merci

Examen des fusionnements au Royaume-Uni

Chapitre 4

Des hauts fonctionnaires du Bureau de la concurrence se sont entretenus, durant la semaine du 27 novembre 1999, avec un certain nombre de leurs homologues du Bureau des pratiques commerciales loyales (Office of Fair Trading), du Département du commerce et de l'industrie (Department of Trade and Industry) et de la Commission de la concurrence (Competition Commission) britanniques, ainsi qu'avec des hauts représentants de deux cabinets d'avocats privés. Le nom de ces personnes figure à l'annexe A.

La structure d'examen des fusionnements

Au Royaume-Uni, un secrétaire d'État dirige le Département du commerce et de l'industrie – département gouvernemental non ministériel – et assume, en cette qualité, la responsabilité générale du contrôle des fusionnements et de la politique en la matière. Le secrétaire d'État nomme aussi le directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales, de qui relève la politique régissant la concurrence et la consommation.

Le rôle du Bureau des pratiques commerciales loyales est de promouvoir les intérêts des consommateurs du Royaume-Uni grâce au maintien d'une concurrence réelle, à l'élimination des pratiques commerciales déloyales et à la diffusion des directives appropriées[18].

Le Bureau suit le déroulement des opérations commerciales et effectue les enquêtes préliminaires. Il indique ensuite au secrétaire d'État s'il y a lieu ou non de saisir la Commission de la concurrence d'un fusionnement proposé ou réalisé afin qu'elle procède à une enquête plus approfondie. Dans les cas où la Commission de la concurrence produit un rapport défavorable, le directeur général communique au secrétaire d'État les mesures à prendre. Sur ordre du secrétaire d'État, le directeur général peut également négocier des engagements au lieu de renvoyer l'affaire à la Commission.

La Commission de la concurrence est un organe indépendant composé de représentants de l'industrie, du commerce et du milieu universitaire nommés par le secrétaire d'État. La Commission effectue une enquête approfondie sur les fusionnements qui lui sont soumis par le secrétaire d'État avant d'indiquer à ce dernier si le fusionnement va ou pourrait aller à l'encontre de l'intérêt public. La Commission n'a aucun pouvoir et ne peut donc prendre aucune mesure à l'égard d'un fusionnement proposé ou réalisé; son rôle se limite à recommander des mesures propres à corriger les effets négatifs de l'opération.

Même si la plupart des fusionnements ne posent pas de problèmes, le processus d'examen des fusionnements du R.-U. est conçu de telle sorte que le directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales est en mesure de discerner très tôt les fusionnements qui sont susceptibles de poser des problèmes et qui devraient faire l'objet d'un examen approfondi par la Commission de la concurrence.

---

[18]Office of Fair Trading, *Mergers: Annual Report of the director General of Fair Trading, 1998*. The Stationery Office. Imprimé le 30 juin 1999 sur ordre de la Chambre des communes.

Définition de « fusionnement »

Le Bureau des pratiques commerciales loyales estime qu'un fusionnement a été réalisé et fait enquête à ce sujet :

- lorsque deux entreprises ou plus cessent d'être distinctes ou que des démarches sont faites ou envisagées dans ce sens;
- lorsqu'au moins une des entreprises concernées est administrée ou contrôlée par une entreprise constituée en personne morale au R.-U. (ce qui comprend les filiales britanniques de sociétés étrangères);
- lorsque le fusionnement n'a pas encore été réalisé ou qu'il remonte à au plus quatre mois;
- lorsque l'opération satisfait au critère du seuil exposé ci-après.

Deux entreprises cessent d'être distinctes, soit lorsqu'elles deviennent la propriété ou qu'elles passent sous le contrôle d'une seule et même entité, soit lorsque l'une d'entre elles met fin à ses activités en raison d'un arrangement conclu entre les deux entreprises. Une personne ou un groupe de personnes est également réputé détenir le contrôle d'une entreprise lorsque cette personne ou ce groupe est en mesure de contrôler ou d'influencer d'une manière appréciable la politique de cette entreprise. Dans les ouvrages qu'il a publiés au sujet de l'examen des fusionnements, le Bureau des pratiques commerciales loyales distingue trois niveaux de contrôle :

- la capacité d'exercer une influence déterminante sur la politique;
- la capacité de contrôler la politique (contrôle de fait);
- une participation majoritaire (contrôle de droit) : généralement lorsqu'une entreprise détient plus de cinquante pour cent des actions avec droit de vote de l'autre entreprise[19].

Seuils aux fins de l'application de la *Fair Trading Act*

La *Fair Trading Act 1973* s'applique en cas de dépassement de deux seuils, l'un lié à la participation et le second aux éléments d'actif. Si les seuils prévus sont dépassés, le fusionnement doit faire l'objet d'une enquête.

a) En ce qui concerne la participation, voici le seuil qui a été fixé : lorsque le fusionnement résulte en une participation d'au moins 25 pour cent ou en l'acquisition d'un bien ou service au R.-U. (ou d'une part importante de celui-ci). Lorsqu'une entreprise détient déjà 25 pour cent d'un marché, mais que l'autre entreprise ne détient aucune part de ce marché, le fusionnement ne donnera pas lieu à une enquête[20].

---

[19]Office of Fair Trading. *Mergers: A guide to procedures under the Fair Trading Act 1973*. The Stationery Office. Publication 521, mai 1999.

[20]Il est important de ne pas confondre le seuil, établi aux fins de l'ouverture d'une enquête (soit la participation ou l'acquisition d'un produit ou service au R.-U. ou d'une partie de celui-ci) avec la part du marché pertinent que détiennent les parties au fusionnement et qui est déterminée pour les besoins de l'examen approndi. Le marché pertinent et par conséquent la part de marché, serait forcément défini seulement au terme de l'enquête.

b) En ce qui concerne les actifs, voici le seuil qui a été fixé : lorsque la valeur brute des éléments d'actif acquis dépasse les 70 millions de £. On procède en additionnant la valeur comptable de toutes les immobilisations corporelles et incorporelles de la société cible (après dépréciation), y compris les placements et actifs à court terme, au R.-U. ou ailleurs, sans égard au passif.

La *Fair Trading Act 1973* ne s'applique pas dans le cas des opérations assujetties au Règlement (CEE) relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (voir la section - RCEF - de ce chapitre).

Critère de fond

La *Fair Trading Act* établit un critère devant servir à déterminer si un fusionnement va ou pourrait aller à l'encontre de l'intérêt public. En effet, lorsqu'elle est saisie d'un fusionnement à la demande du secrétaire d'État, la Commission de la concurrence doit tenir compte [TRADUCTION] « de tout ce qui lui semble pertinent dans les circonstances ». L'article 84 dresse une liste non limitative de cinq points devant être pris en considération par la Commission :

c) le maintien et la promotion d'une concurrence réelle;
d) la défense des intérêts des consommateurs, des acheteurs et des autres utilisateurs de biens et services au Royaume-Uni quant au prix, à la qualité et à la variété des biens et services offerts;
e) la possibilité de réduire les coûts grâce au jeu de la concurrence, d'encourager la mise au point et l'utilisation de techniques et produits nouveaux, et de faciliter l'arrivée de nouveaux concurrents sur les marchés existants;
f) le maintien et la consolidation d'une répartition équitable du secteur d'activités et de l'emploi au Royaume-Uni;
g) le maintien et la promotion d'une concurrence sur les marchés étrangers de la part des producteurs et fournisseurs du Royaume-Uni.

La Loi ne prévoit pas l'application de critères différents par le Bureau des pratiques commerciales loyales pour fins de recommandation au secrétaire d'État du renvoi d'un fusionnement à la Commission de la concurrence. Le Bureau effectue plutôt son évaluation à partir des critères énumérés ci-dessus. L'article 76 de la Loi précise qu'il « incombe » au directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales [TRADUCTION] « de recommander au secrétaire d'État, en vertu de cette partie de la Loi, la prise de toute mesure qui constitue, à son avis, une mesure opportune relativement aux arrangements ou opérations en cause ».

Processus d'examen

Dans le cadre de l'examen d'un fusionnement proposé, le Bureau des pratiques commerciales loyales définit le produit et les marchés géographiques pertinents, et il en examine les caractéristiques structurelles, c'est-à-dire :

h) la part de marché, y compris l'augmentation de la part de marché résultant du fusionnement proposé;
i) l'ampleur et l'effet de toute entrave à l'accès à un marché, y compris celles découlant des importations;
j) l'efficacité des concurrents qui restent;
k) le pouvoir d'achat;
l) l'effet de tout lien vertical.

Même s'il reconnaît l'importance des gains en efficience, [TRADUCTION] « en règle générale, lorsque le Bureau des pratiques commerciales loyales examine un fusionnement, il ne s'occupe pas d'évaluer lui-même ces gains, bien qu'il soit intéressé par toute information disponible au sujet des améliorations prévues à ce chapitre. Tout jugement quant au choix à faire entre les gains en efficience et le préjudice causé à la concurrence est généralement réservé jusqu'à la fin d'une enquête plus approfondie. Ce facteur serait au nombre des questions prises en compte par le directeur général au moment de justifier auprès du secrétaire d'État la décision de recommander le renvoi de l'affaire à la Commission de la concurrence »[21].

En ce qui a trait aux facteurs non concurrentiels, voici ce qu'on peut lire dans le guide des procédures du Bureau des pratiques commerciales loyales [TRADUCTION] :

> L'effet d'un fusionnement sur l'emploi ou le développement régional, ou son incidence sur la sécurité nationale, sont au nombre des questions pouvant avoir des répercussions sur l'intérêt public. Or, étant donné que, conformément à la politique du gouvernement, le renvoi à la Commission de la concurrence doit se fonder principalement sur des motifs liés à la concurrence, ce n'est qu'exceptionnellement que de telles considérations constitueront un facteur décisif. Néanmoins, le [Bureau des pratiques commerciales loyales] prend note de toutes les représentations qui lui sont faites au nom de l'intérêt public et... le directeur général en fait état dans sa recommandation au secrétaire d'État[22].

Ainsi, l'évaluation à laquelle procède le Bureau des pratiques commerciales loyales vise d'abord et avant tout à déterminer l'effet que pourrait avoir le fusionnement sur la concurrence, bien qu'elle puisse aussi englober l'examen d'autres questions d'intérêt public. Le Bureau n'examine aucun fusionnement qui ne dépasse pas les seuils fixés par la loi.

Le Bureau publie des lignes directrices et divers documents dont les parties à un fusionnement sont invitées à se servir pour déterminer si la transaction est susceptible d'examen.

---

[21]Office of Fair Trading. *Mergers: A guide to procedures under the Fair Trading Act 1973.* The Stationery Office. Publication 521, mai 1999.

[22]Ibid.

Notification

Une entreprise n'est nullement tenue de notifier un fusionnement au Bureau, sauf si celui-ci concerne des journaux. Cela étant dit, il n'est pas rare que les parties à un fusionnement vérifient auprès du Bureau des pratiques commerciales loyales que la transaction proposée est en conformité avec la loi sur la concurrence. La vaste majorité des fusionnements qui sont examinés sont portés à l'attention du Bureau, soit dans le cadre d'une présentation informelle, soit au moyen d'un préavis volontaire.

La *présentation informelle* n'est pas assujettie à un cadre précis, bien que des conseils soient donnés à cet égard dans une brochure publiée sous le titre *Merger Submissions* (La présentation d'un fusionnement), et que les parties puissent utiliser le formulaire de notification commun au R.-U., à la France et à l'Allemagne. Mais ce formulaire commun est rarement utilisé. Selon les services administratifs du Bureau des pratiques commerciales loyales, les parties au fusionnement peuvent s'attendre à recevoir une réponse dans un délai de 45 jours après la présentation du dossier en bonne et due forme (39 jours pour le Bureau et 6 pour le secrétaire d'État). Les parties n'ont rien à débourser jusqu'au renvoi de l'affaire à la Commission de la concurrence ou à l'annonce de la décision de ne pas saisir la Commission de l'affaire.

Le *préavis volontaire* est prévu par la loi et vise uniquement les fusionnements proposés qui ont déjà été rendus publics. Cette procédure ne s'applique donc pas aux fusionnements réalisés ni aux fusionnements proposés qui n'ont pas encore été rendus publics. Des droits doivent être acquittés au moment de la notification.

[TRADUCTION] « La procédure relative au préavis volontaire (établie par la *Fair Trading Act*) prévoit un délai de 20 jours ouvrables pour l'examen d'un fusionnement proposé, ce délai pouvant être prolongé d'au plus 15 jours ouvrables. Sauf quelques exceptions, le fusionnement sera automatiquement approuvé s'il n'a pas fait l'objet d'un renvoi à la fin de cette période »[23].

Pour engager une telle procédure et bénéficier du délai prévu par la loi, une entreprise doit acquitter d'avance les droits exigés et utiliser l'*Avis de fusionnement* prescrit, qui précise les renseignements à fournir. « Le formulaire a été conçu de façon à ce que le directeur général dispose de suffisamment d'information pour être en mesure de conclure, à un stade précoce, à l'absence de motifs justifiant un renvoi. »[24].

Le Bureau des pratiques commerciales loyales a établi des procédures très précises aux fins de la présentation d'un préavis volontaire. Par exemple, la période de préavis commence le premier jour ouvrable suivant la réception par le Bureau de l'*Avis de fusionnement* accompagné des droits. Tout avis reçu après 17 h est réputé avoir été reçu le jour suivant. La période d'examen expire à 17 h, le vingtième jour ouvrable suivant. Le Bureau confirme par écrit la

---

[23]Ibid.

[24]Ibid.

réception de l'Avis en précisant la date à laquelle la période d'examen prendra fin (dans 20 jours ou dans 35 jours en cas de prolongation).

Sur réception de l'Avis, le directeur général peut demander par écrit des renseignements additionnels, en précisant la date à laquelle ceux-ci devront être soumis. Si l'information n'est pas fournie dans les délais impartis, le directeur général peut rejeter l'Avis.

Le directeur général peut rejeter un Avis de fusionnement à n'importe quel moment durant la période d'examen de vingt jours au motif que :

1. il soupçonne que les renseignements fournis sont faux ou trompeurs;
2. il soupçonne que les parties n'ont pas l'intention de donner suite aux arrangements décrits dans l'Avis;
3. les parties omettent de fournir, ou de fournir à temps, tous les renseignements spécifiés dans l'Avis ou tout renseignement additionnel à la demande du Bureau;
4. les arrangements notifiés semblent correspondre à une concentration de dimension communautaire d'après le Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (voir la section - RCEF - de ce chapitre).

Le retrait de l'Avis de fusionnement est permis, à n'importe quel moment, sous réserve que l'entreprise ou son mandataire procède par écrit.

Indications confidentielles

Il s'agit d'un processus non prévu par la loi qui permet aux entreprises d'obtenir, avant qu'un fusionnement ne soit du domaine public et par l'entremise du Bureau des pratiques commerciales loyales, des indications confidentielles de la part du secrétaire d'État au sujet du renvoi possible de l'affaire à la Commission de la concurrence. Ces indications données par le Bureau ne représentent pas une « garantie absolue » que la Commission ne sera pas saisie du fusionnement, compte tenu que le Bureau ne dispose que de renseignements limités en raison du caractère confidentiel de l'opération. Dans ces cas, le Bureau s'abstient de communiquer avec ses contacts sur le marché, mais peut solliciter l'avis d'autres départements du gouvernement. Le Bureau s'engage à fournir des indications par écrit dans un délai de 25 jours ouvrables (19 jours pour le Bureau et 6 pour le secrétaire d'État); voir la section - Effets des décisions du Bureau des pratiques commerciales loyales et du secrétariat d'État - de ce chapitre).

Généralement, ces indications se résument à l'une des quatre variantes suivantes :

- rien ne devrait justifier un renvoi à la Commission une fois la transaction rendue publique;
- il est impossible de se prononcer sur la probabilité d'un renvoi;
- un renvoi sera probablement justifié une fois que l'annonce du fusionnement aura été faite, mais les questions en litige pourraient être réglées au moyen d'un engagement;
- lorsque l'affaire sera rendue publique, il est probable qu'un renvoi sera justifié.

Avis informel

Le Bureau des pratiques commerciales loyales dispense volontiers des avis de manière informelle. Les parties sont en effet encouragées à transmettre au Bureau de l'information au sujet de la transaction, celui-ci s'abstenant dans ces cas d'aborder la question avec des tiers. Dans presque la majorité des cas, le Bureau transmet ces avis informels de vive voix dans le cadre d'un entretien avec les parties et ne fournit pas d'avis par écrit. Les avis informels sont considérés comme un élément clé de l'approche du Bureau, car ils permettent aux parties et au Bureau de s'entendre sur les principales questions qui devront être soulevées ultérieurement si les parties au fusionnement décident d'aller de l'avant.

Administration de l'examen des fusionnements

Le personnel du Secrétariat des fusionnements du Bureau des pratiques commerciales loyales est compétent dans les domaines administratif, juridique, économique et comptable (en décembre 1999, le Secrétariat comptait 6 économistes, 6 employés de soutien et 13 agents préposés aux cas). La charge de travail d'un agent préposé aux cas représente généralement entre cinq et dix dossiers. En décembre 1999, les 13 agents préposés aux cas se partageaient 111 dossiers actifs. Le Bureau ne fait pas appel aux services de spécialistes de l'extérieur. Les avis économiques relèvent du personnel du Bureau.

Le Bureau possède son propre service de contentieux. Les juristes employés par le Bureau doivent fournir des avis juridiques dans des délais administratifs précis. Deux avocats sont spécialement chargés d'indiquer les transactions proposées qui devront faire l'objet d'une enquête en vertu de la *Fair Trading Act*. Le service du contentieux collabore, avec le Secrétariat des fusionnements, à la rédaction et à la négociation des engagements.

Sur réception d'un dossier par le Bureau, le Directeur des fusionnements attribue le dossier à un agent préposé aux cas qui en assumera la principale responsabilité. Dans certains cas, l'agent est choisi en fonction de sa connaissance du secteur d'activités en cause. Le Bureau accuse réception des documents et transmet aux parties le nom de l'agent responsable du cas. Les parties sont invitées à communiquer d'abord avec cette personne. De plus, l'agent est secondé par un économiste. Règle générale, l'équipe formée pour examiner la plupart des fusionnements est composée de ces deux personnes. On ne constitue généralement pas d'équipes plus grosses.

Le Secrétariat des fusionnements sollicite bien entendu le point de vue de tiers au sujet des fusionnements. L'invitation est généralement lancée par l'entremise du Regulatory News Service de la Bourse de Londres et de l'agence Reuters, ainsi que sur le site Web de l'Office. Le Secrétariat cherche aussi à obtenir des renseignements au sujet des consommateurs et des concurrents (le plus souvent un minimum de cinq de part et d'autre) et communique avec des consommateurs, des concurrents et des fournisseurs pour connaître leur point de vue concernant le fusionnement proposé. Le personnel du Bureau sollicite aussi le point de vue d'autres départements et organismes de réglementation gouvernementaux. Lorsqu'il reçoit des opinions défavorables, le Bureau en avise habituellement les parties et leur donne l'occasion de répliquer. Lorsque, selon toute vraisemblance, il est peu probable que quiconque soulèvera quelque objection que ce soit au sujet du fusionnement, le Bureau publie officiellement l'invitation à

présenter des observations et accepte toutes les réponses qui lui parviennent, sans toutefois chercher activement à obtenir l'avis de tierces parties.

Le directeur des fusionnements rencontre les agents préposés aux cas chaque semaine pour passer en revue les dossiers, et il est toujours au fait des progrès, des conclusions préliminaires, des questions économiques, etc. propres à chaque dossier. Le directeur examine aussi tous les conseils de nature économique fournis par les économistes du Bureau.

Une fois l'évaluation terminée, l'agent responsable du cas ferme le dossier, soit en recommandant le renvoi de l'affaire à la Commission de la concurrence, soit en classant tout simplement l'affaire. Dans ce dernier cas, l'agent transmet son évaluation et recommandation au directeur des fusionnements puis, le cas échéant, à tout département concerné. Lorsque les départements concernés souscrivent à la recommandation, ils donnent au Département du commerce et de l'industrie leur aval à la décision qui sera recommandée au secrétaire d'État. Le Département du commerce et de l'industrie annonce la décision du secrétaire d'État. Lorsqu'un département n'est pas d'accord, il peut recommander que l'affaire soit soumise à un groupe d'examen des fusionnements. L'agent préposé au cas peut aussi formuler une telle recommandation s'il conclut que le fusionnement proposé soulève des inquiétudes sérieuses sur le plan de la concurrence. Plus de 80 pour cent des cas examinés chaque année par le Bureau des pratiques commerciales loyales ne soulèvent pas d'inquiétudes de cet ordre.

Groupe d'examen des fusionnements

Le groupe d'examen des fusionnements est formé de représentants du Bureau des pratiques commerciales loyales , de la Commission de la concurrence, du Trésor et de la Direction de la concurrence du Département du commerce et de l'industrie. La participation d'autres départements est fonction de la question à l'étude.

Le rôle du groupe d'examen est d'aider le directeur général du Bureau à bien conseiller le secrétaire d'État sur la question de savoir s'il y a lieu de saisir la Commission de la concurrence du fusionnement ou s'il faut plutôt essayer d'obtenir un engagement. Grâce à ce groupe d'examen, le Bureau est en mesure de formuler des recommandations qui s'appuient sur les connaissances et l'expérience d'autres départements gouvernementaux.

Le groupe d'examen étudie environ dix pour cent des dossiers susceptibles d'être renvoyés à la Commission pour un examen approfondi (au nombre d'environ 20 à 25 en 1998). De ce nombre, entre 30 et 50 pour cent sont finalement renvoyés à la Commission de la concurrence ou donnent lieu à des engagements. En 1998, par exemple, le groupe a recommandé le renvoi de neuf cas à la Commission.

Effet des décisions du Bureau des pratiques commerciales loyales et du secrétaire d'État

Après avoir consulté diverses personnes sur le marché et sollicité l'avis du groupe d'examen des fusionnements, le directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales recommande au secrétaire d'État l'une des mesures qui suivent :

- autoriser le fusionnement;
- saisir la Commission de la concurrence du dossier pour qu'elle mène une enquête approfondie;
- privilégier plutôt, bien qu'un renvoi soit justifié, un engagement pour régler les problèmes que soulève le fusionnement sur le plan de la concurrence.

Lorsque le directeur général ne recommande aucune mesure, le secrétaire d'État a le choix entre :

- accepter la recommandation;
- renvoyer l'affaire à la Commission en l'absence d'une recommandation.

Lorsque le directeur général recommande que l'affaire soit renvoyée à la Commission de la concurrence, le secrétaire d'État peut :

- accepter la recommandation et renvoyer effectivement l'affaire à la Commission;
- ne pas accepter la recommandation;
- demander au directeur général d'essayer d'obtenir un engagement plutôt que de saisir la Commission de l'affaire.

Lorsque le directeur général recommande un engagement plutôt qu'un renvoi, le secrétaire d'État peut prendre l'une des trois mesures qui suivent :

- accepter cet avis et demander au directeur général de mettre au point un engagement (trois cas en 1998);
- ne pas accepter l'avis du directeur général et renvoyer l'affaire à la Commission;
- autoriser le fusionnement sans qu'un engagement ne soit nécessaire.

En vertu des dispositions de la *Companies Act 1989* (Loi sur les sociétés) et de la *Deregulation and Contracting Out Act 1994* (Loi sur la déréglementation et la sous-traitance), le secrétaire d'État est habilité à accepter des engagements contraignants de la part d'une entreprise fusionnée au lieu de renvoyer l'affaire à la Commission de la concurrence. Le Bureau des pratiques commerciales loyales tentera normalement d'obtenir un engagement structurel, généralement la mesure corrective qui convient le mieux aux problèmes de concurrence en cas de fusionnement, mais peut aussi recommander un recours axé sur le comportement lorsque la voie du recours structurel doit être écartée. Le secrétaire d'État peut recourir à ces dispositions uniquement lorsque le directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales recommande le renvoi à la Commission et précise les effets négatifs existants ou potentiels pour l'intérêt public.

Lorsque le directeur général recommande l'obtention d'engagements, le Département du commerce et de l'industrie annonce que le secrétaire d'État a l'intention de renvoyer l'affaire à la Commission de la concurrence à moins d'obtenir des engagements satisfaisants. Ceci fournit aux tierces parties une occasion de présenter des observations au sujet du fusionnement. La version provisoire des engagements proposés est publiée et peut faire l'objet de commentaires. Une fois

acceptés, les engagements font l'objet d'un suivi de la part du Bureau des pratiques commerciales loyales.

Lorsque le secrétaire d'État opte pour le renvoi de l'affaire, les motifs à l'origine de cette décision sont exposés brièvement dans une annonce. Bien qu'il ne soit pas obligé de le faire, le secrétaire d'État rend également publiques les décisions de ne pas renvoyer des fusionnements à la Commission. Le secrétaire d'État précise en outre si la décision rendue est conforme à l'avis formulé par le directeur général.

La décision du secrétaire d'État de classer une affaire, d'opter pour un renvoi ou d'accepter qu'un engagement soit rendu publique par voie de communiqué. Le Bureau des pratiques commerciales loyales notifie les parties au fusionnement de même que le Regulatory News Service de la Bourse de Londres. Depuis septembre 2000, le Bureau des pratiques commerciales loyales publie également sur son site Web un résumé des décisions qu'il a rendues dans des affaires importantes.

Rôle de la Commission de la concurrence

Selon la *Fair Trading Act 1973*, la Commission de la concurrence doit tenir compte [TRADUCTION] « de toutes les questions qu'elle juge pertinentes dans les circonstances afin de déterminer si un fusionnement va ou pourrait aller à l'encontre de l'intérêt public »[25]. Toutefois, à l'instar du Bureau des pratiques commerciales loyales, la Commission tend actuellement à s'attarder davantage à l'effet de la transaction proposée sur la concurrence.

Lorsque la Commission est saisie d'une affaire, elle constitue un groupe pour entendre l'affaire ainsi qu'une équipe qui sera chargée de procéder à une enquête approfondie. Une équipe typique est généralement constituée d'un chef, d'un enquêteur d'expérience, appelé le secrétaire rédacteur, d'un économiste, d'un comptable et d'un avocat, de même que de un ou plusieurs spécialistes du secteur d'activités au besoin. Certains employés travaillent à plein temps pour la Commission, tandis que d'autres sont embauchés sous contrat pour la durée de l'enquête.

La Commission tient une audience lors de laquelle les parties présentent leurs arguments et des spécialistes peuvent être appelés à témoigner. Le Bureau des pratiques commerciales intervient habituellement auprès de la Commission de la concurrence peu après le début de l'enquête pour exposer les motifs qui l'ont poussé à recommander le renvoi et pour donner à la Commission un aperçu des tenants et aboutissants de l'affaire. Le Bureau des pratiques commerciales loyales intervient habituellement de nouveau à la fin de l'enquête pour discuter des mesures correctives. Les témoins sont interrogés mais ne subissent pas de contre-interrogatoire. Après avoir entendu les observations, la Commission examine les mesures correctives possibles et en informe les parties pour avis. En outre, tout au long de la rédaction de son rapport, la Commission communique les ébauches des chapitres aux parties pour avis. Les parties ne sont pas autorisées à solliciter des entretiens avec des ministres ou des fonctionnaires de la

---

[25]Office of Fair Trading, *Mergers: A guide to procedures under the Fair Trading Act 1973*. The Stationery Office. Publication 521, mai 1999.

Commission. En fait, les parties et les autres groupes intéressés sont plutôt invités à présenter leurs observations par écrit.

Au moment d'examiner les effets du fusionnement sur la concurrence, la Commission tient compte aussi bien de la puissance commerciale acquise par une seule entreprise que de la possibilité d'une coopération accrue entre les entreprises par suite du fusionnement. La Commission prend également en considération les gains en efficience invoqués par les parties et évalue si les améliorations à ce chapitre l'emportent sur les effets d'une diminution de la concurrence. Toutefois, lorsque les parties font valoir des gains de ce genre, la Commission doit être convaincue que les consommateurs profiteront des avantages ainsi obtenus dans un délai raisonnable. Elle n'acceptera pas les gains en efficience si les avantages procurés par ceux-ci se limitent aux parties au fusionnement.

Même si elle a mené jusqu'ici toutes ses enquêtes à huis clos, la Commission examine actuellement un certain nombre de moyens de rendre ce processus plus transparent. Elle publie la liste des témoins sur son site Web, sauf si la confidentialité est requise, et elle encourage les parties à rendre publics les principaux arguments qu'elles ont invoqués devant la Commission. La Commission envoie aussi aux parties une lettre indiquant les principales questions en litige. La lettre comme telle ne peut être rendue publique, mais la liste des questions qu'elle contient peut l'être elle.

La Commission dispose habituellement d'un délai de trois mois pour mener à bien son enquête, mais le secrétaire d'État peut lui accorder une prolongation de trois mois.

Effet des décisions rendues par la Commission de la concurrence

La Commission de la concurrence soumet son rapport et ses recommandations au secrétaire d'État, avec copie au Bureau des pratiques commerciales loyales. Ce rapport contient un résumé de l'enquête, l'analyse des effets du fusionnement, une description des entreprises et marchés en cause, des arguments pour ou contre le fusionnement, ainsi que le point de vue de tierces parties. Il incombe ensuite au secrétaire d'État de déposer devant le Parlement tous les rapports sur les fusionnements et d'en assurer la publication intégrale dans un délai de vingt jours.

Dans les cas où la Commission de la concurrence conclut qu'un fusionnement va ou ira à l'encontre de l'intérêt public, elle recommande normalement au secrétaire d'État des mesures propres à corriger ou prévenir les effets négatifs du fusionnement. Comme il a déjà été mentionné, la Commission n'est pas un organe de décision.

Dans les cas où la Commission estime qu'un fusionnement doit être autorisé, le secrétaire d'État doit accepter cette conclusion. Lorsque la Commission conclut qu'un fusionnement a ou pourrait avoir des effets négatifs, elle peut recommander l'arrêt de la transaction. Toutefois, dans la majorité des cas, elle précise les mesures correctives grâce auxquelles la transaction pourrait aller de l'avant. À noter que le Bureau des pratiques commerciales loyales conseille également le secrétaire d'État sur le caractère approprié des mesures correctives, et peut suggérer d'autres solutions que celles proposées par la Commission.

Le secrétaire d'État n'est pas lié par les recommandations visant à suspendre une transaction ou à accepter certaines mesures correctives. Le secrétaire d'État peut choisir d'imposer d'autres mesures correctives ou d'autoriser la réalisation du fusionnement en dépit des recommandations formulées par la Commission de la concurrence et le Bureau des pratiques commerciales loyales, bien que cela soit inusité. Lorsqu'il est question de mesures correctives, le secrétaire d'État peut, en vertu de la loi, soit rendre une ordonnance, soit solliciter un engagement de la part des parties. Dans les faits, toutefois, l'engagement demeure la mesure corrective la plus courante.

Tous les engagements et ordonnances sont rendus publics et toutes les ordonnances sont déposées devant le Parlement. Il incombe au directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales de voir à ce que les engagements soient respectés et fassent l'objet d'un suivi.

Il n'existe aucun droit d'appel statutaire d'une recommandation de la Commission de la concurrence ou d'une décision du secrétaire d'État. La Cour supérieure examinera toutefois le bien-fondé du processus de décision, mais on n'a fait droit jusqu'ici à aucune demande de réexamen[26].

Frais d'examen d'un fusionnement

Il faut acquitter des frais

- au moment du dépôt d'un préavis volontaire;
- lorsque le secrétaire d'État saisit la Commission de la concurrence du dossier;
- lorsque le secrétaire d'État annonce qu'il ne renverra pas le dossier à la Commission.

Les frais varient selon la taille et le type de fusionnement :

- 5 000 £ lorsque la valeur brute des éléments d'actif acquis totalise au plus 30 millions £;
- 10 000 £ lorsque la valeur brute des éléments d'actif acquis totalise plus de 30 millions £, mais pas plus de 100 millions £;
- 15 000 £ lorsque la valeur brute des éléments d'actif dépasse 100 millions £.

Examen des critères et processus d'examen des fusionnements en vigueur au R.-U.

Le R.-U. est en train d'apporter la dernière main au réexamen officiel de son processus d'examen des fusionnements. Un document de discussion en vue d'une consultation sur un projet de réforme du processus d'examen des fusionnements, intitulé *Mergers A Consultation Document on Proposals for Reform*, a d'ailleurs été publié par le Département du commerce et de l'industrie.

Cet examen avait un double objectif : revoir le cadre juridique de décision (on propose de remplacer le système actuel par l'application d'un critère fondé sur la concurrence, ce qui revient

---

[26] *Getting the deal through. The international regulations of merger review and joint ventures*, 3rd ed.

essentiellement à régulariser la pratique actuelle) et réduire au minimum la participation ministérielle en retirant l'étape clé du processus de décision au secrétaire d'État (ministre du Commerce et de l'Industrie)[27]. Le gouvernement a indiqué dans ce document de consultation qu'il tentait d'établir un régime caractérisé par « la clarté, la transparence et l'uniformité », qui sera par conséquent « plus prévisible, plus équitable et plus responsable », plus attentif aux besoins des entreprises et d'autres intervenants, en plus d'être efficace.

En octobre 2000, le gouvernement a publié un document sous le titre *Mergers: The Response to the Consultation on Proposals for Reform*[28] ([TRADUCTION] Fusionnements : Résultats de la consultation sur le projet de réforme). Ce document annonçait un certain nombre de décisions prises par le gouvernement au terme des consultations et recensait de nouvelles questions appelant des commentaires. Voici ce que le ministre, Stephen Byers, a indiqué au moment de la publication de ce rapport :

[TRADUCTION] « En août 1999, j'ai proposé certains changements dans le but de simplifier et de moderniser le régime de contrôle des fusionnements au R.-U. J'ai proposé en particulier que les décisions, dans la vaste majorité des affaires de fusionnements, soient rendues par des autorités responsables de la concurrence indépendantes sur la base d'un critère fondé sur la concurrence. Ces propositions ont été très bien reçues par les personnes consultées.

À la lumière des réactions obtenues lors de la consultation menée en août 1999, j'ai décidé d'aller de l'avant et de donner suite à mon projet de réforme. Je crois que le nouveau régime fournira le cadre nécessaire à un contrôle efficace et cohérent des fusionnements au R.-U. Les décisions seront prises davantage en fonction des questions de concurrence. Les entreprises auront plus de certitude quant aux délais dans lesquels les décisions seront rendues. La vaste majorité des cas ne passeront plus par l'arène politique.

Étant donné le fort appui dont a bénéficié ce projet lors de la consultation du mois d'août 1999, j'ai aussi décidé de ne pas attendre que la loi soit en vigueur. J'annonce aujourd'hui qu'à partir de maintenant, et à moins de circonstances exceptionnelles, ma politique consistera à accepter l'avis du directeur du Bureau des pratiques commerciales loyales au sujet du renvoi d'un fusionnement à la Commission de la concurrence.

J'annonce également aujourd'hui que les petites et moyennes entreprises seront exemptées de l'obligation d'acquitter des frais pour l'examen des fusionnements, ce qui réduira le fardeau réglementaire que leur impose le système actuel. »

Voici quelques-uns des principaux changements adoptés par le gouvernement à la suite des consultations. Ces changements seront intégrés à la législation.

---

[27]Il a été proposé que le secrétaire d'État conserve certains pouvoirs à l'égard des fusionnements touchant la sécurité nationale, le pouvoir de spécifier des critères additionnels dans l'intérêt public et la discipline nécessaire aux fins de l'usage de ces pouvoirs.

[28]Department of Industry and Trade. *Mergers: The Response to the Consultation Paper on Proposals for Reform*. Octobre 2000

- À moins de circonstances exceptionnelles, les décisions seront prises par les autorités responsables de la concurrence (le directeur général du Bureau des pratiques commerciales loyales et la Commission de la concurrence), et le secrétaire d'État ne participera plus au processus de renvoi à la Commission de la concurrence, ni au processus qui suit la décision rendue par la Commission[29].

- Le seul critère à appliquer dans le cadre de l'examen du fusionnement sera de savoir si le fusionnement proposé réduira sensiblement la concurrence sur un marché.

- Le partage des responsabilités entre le Bureau des pratiques commerciales loyales et la Commission de la concurrence restera le même.

- En ce qui concerne les délais impartis pour l'examen des fusionnements, dans le cas des entreprises qui notifient leur intention de fusionner au moyen de l'Avis de fusionnement, le délai statutaire sera ramené de 35 à 30 jours ouvrables. Dans le cas des entreprises qui optent pour un préavis volontaire, le délai administratif est réduit de 45 à 40 jours ouvrables.

- Le gouvernement a finalement décidé de déterminer si un fusionnement doit faire l'objet d'une enquête en fonction de deux autres critères. Le critère actuel lié à la participation sera maintenu mais le critère lié aux actifs sera modifié afin d'être fondé plutôt sur le chiffre d'affaires au R.-U. Même si la décision d'adopter un tel changement a été prise par le gouvernement, celui-ci a néanmoins l'intention de mener des consultations au sujet du seuil, le seuil proposé étant pour l'instant de 45 millions d'écus.

Pour ce qui concerne le rôle et l'importance des gains en efficience, le gouvernement continue de recueillir les points de vue des principaux intéressés. Selon le document, on tiendrait compte des gains en efficience dans l'analyse de la concurrence et du fait que ceux-ci « peuvent influencer jusqu'à un certain point la conclusion qu'il y aura vraisemblablement ou on une diminution sensible de la concurrence. Toutefois, lorsqu'un fusionnement résultera en une diminution sensible de la concurrence sur un marché, il est peu probable que les consommateurs tireront profit de des gains en efficience résultant du fusionnement, car les parties au fusionnement ne subiront aucune pression en ce sens ». Il est proposé dans ce document que le nouveau régime traite de façon séparée l'analyse de la concurrence et la question des avantages et que l'on recueille les points de vue au sujet de la proposition voulant que « les autorités responsables de la concurrence puissent tenir compte des avantages découlant du fusionnement pour les consommateurs britanniques seulement à l'étape des mesures correctives, une fois qu'il a été établi que le fusionnement entraînera une diminution sensible de la concurrence ».

---

[29]Il faudrait recourir à une loi de base pour édicter le projet de réforme, mais dans l'intervalle, le secrétaire d'État au Commerce et à l'Industrie, Stephen Byers, a dit qu'à moins de circonstances exceptionnelles, il acceptera l'avis du directeur général pour ce qui est de savoir s'il y a lieu de renvoyer ou non un fusionnement à la Commission de la concurrence. Fair Trading from the OFT. Numéro 29, février 2001, p. 3

Règlement de la Communauté européenne concernant les fusionnements (RCEF)

Le Règlement de la Communauté européenne concernant les fusionnements (RCEF) traite de tous les aspects du contrôle des fusionnements au sein de l'Union européenne (UE). Les fusionnements assujettis au RCEF ne sont généralement pas examinés dans le cadre d'un régime national.

Les fusionnements sont évalués en vertu du RCEF en vue d'établir s'ils sont ou non compatibles avec le marché commun. Ce critère de la compatibilité est fondé sur des critères de concurrence selon lesquels « le RCEF aurait de sérieux problèmes si un fusionnement crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.[30] »

Le RCEF s'applique à toutes les opérations de concentration[31] « de dimension communautaire ». Les seuils déterminant l'existence de cette « dimension communautaire » sont calculés sur la base du chiffre d'affaires des entreprises qui fusionnent. Une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus; et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus;

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'écus; dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'écus; dans chacun d'au moins trois États membres visés, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'écus; le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'écus. »

Les opérations de concentration communautaire qui relèvent de ce règlement doivent être notifiées dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Un fusionnement ne doit pas être réalisé avant la notification ou tant qu'il n'a pas été déclaré compatible avec le marché commun.

---

[30]Office of Fair Trading. *A Outline of United Kingdom Competition Policy*. The Stationery Office. Publication 00280. Juin 1998

[31]Le terme *concentration* englobe les fusionnements, les acquisitions et les coentreprises à part entière (coentreprises fonctionnant comme des entreprises indépendantes). Il y a concentration lorsque au moins deux entreprises auparavant distinctes fusionnent pour devenir une nouvelle entreprise ou lorsqu'une entreprise acquiert directement ou indirectement le contrôle total ou partiel d'une ou plusieurs autres entreprises.

Au R.-U., la Commission de la concurrence dispose d'un mois à compter de la date où le fusionnement lui est notifié en bonne et due forme pour mener une enquête préliminaire et décider si le fusionnement relève du RCEF relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Cette enquête peut prendre jusqu'à six semaines. En cas de doute sérieux quant à la compatibilité du fusionnement avec le marché commun, la Commission fait une enquête approfondie. Des amendes pouvant représenter jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires peuvent être imposées si les parties ne respectent pas leurs engagements, ou si elles réalisent un fusionnement qui avait été arrêté.

Le point de vue du secteur privé

Le processus d'examen des fusionnements au R.-U. a la cote auprès du gouvernement et du secteur privé. De l'avis général, le processus fonctionne bien et, comme au Canada, les avocats qui traitent régulièrement avec le Bureau des pratiques commerciales loyales ont l'habitude de tirer partie de l'approche informelle afin de sonder les fonctionnaires avant d'entreprendre des démarches à caractère plus officiel. Selon les fonctionnaires gouvernementaux et les avocats, il est primordial que le processus d'examen des fusionnements soit caractérisé par l'ouverture, la transparence et la cohérence. Les délais et les frais ne sont pas considérés comme étant un problème, car ils sont généralement jugés minimes par rapport à d'autres coûts rattachés à un fusionnement proposé.

Indications confidentielles

Les indications confidentielles sont considérées par les avocats en pratique privée comme l'un des points forts du Bureau des pratiques commerciales loyales. On apprécie grandement ce système par lequel les parties peuvent avoir une idée claire des questions qui, d'après le Bureau, seront vraisemblablement soulevées si les parties vont de l'avant et donnent suite à leur projet de fusionnement. Les indications fournies par le Bureau s'avèrent d'une grande utilité puisqu'elles s'appuient sur un exposé détaillé des faits. Il s'agit donc d'un excellent point de départ pour l'examen des principales questions en jeu, et notamment des questions au sujet desquelles le Bureau aurait besoin de renseignements additionnels si les parties décidaient de réaliser la transaction. De cette manière, lorsque la transaction est rendue publique, les avocats sont en mesure de présenter un dossier qui porte sur les questions importantes. De surcroît, cette approche a toutes les chances de mieux orienter et d'accélérer le processus d'examen. Les avocats aussi bien que les gestionnaires du Bureau considèrent que la lettre fournie par le Bureau aux parties est très utile, car elle leur donne des avis et des indications.

Préavis volontaire ou dépôt officieux de la déclaration de fusionnement

Il n'existe pas au R.-U. de processus officiel similaire à celui qui relève de l'Unité des préavis du Bureau canadien de la concurrence. Mais comme il a déjà été mentionné, le préavis volontaire existe, quoique les raisons pour lesquelles les parties ne recourent pas souvent à ce processus ne soient pas claires.

Bien qu'il semble que la plupart des entreprises et parties préfèrent aviser le Bureau des pratiques commerciales loyales d'un fusionnement proposé au moyen d'un dépôt officieux de la

déclaration de fusionnement plutôt que de recourir à la procédure de préavis volontaire prévue par la loi, les chiffres récents donnent à penser qu'une nouvelle approche est en train d'émerger. En 1998, on a enregistré 45 préavis volontaires, et 179 dépôts officieux, tandis qu'en 1999 (jusqu'en novembre), le nombre de préavis volontaires était de 62 et celui des dépôts officieux de 87. (Ces chiffres ne comprennent pas les affaires soumises en vue d'obtenir des indications confidentielles, lesquelles sont limitées aux questions non publiques qui seront examinées ultérieurement suivant l'une ou l'autre voie si l'affaire est rendue publique). Le recours limité au préavis volontaire s'explique peut-être par le fait que les parties craignent que, à cause du délai imparti par la loi, le personnel du Bureau des pratiques commerciales loyales préfère renvoyer l'affaire à la Commission plutôt que de ne pas respecter le délai. En outre, le délai prévu par la loi pour mener à bien l'examen les transactions même les plus complexes est beaucoup plus court que la norme administrative du Bureau pour les transactions non notifiées, norme fondée sur l'expérience. Par ailleurs, lorsqu'une entreprise ne doute pas de l'issue, la période prescrite par la loi, qui garantit une réponse dans un délai précis, est aussi une solution intéressante.

Le document de discussion sur la réforme du processus d'examen des fusionnements reconnaît en outre que les entreprises voient un avantage à pouvoir choisir l'approche selon laquelle la transaction proposée sera examinée et qu'elles recommandent le maintien du système à deux volets. Sur la question des délais, voici ce qu'on peut lire dans ce document :

« Le gouvernement admet qu'il peut être dans l'intérêt d'une entreprise de bénéficier d'une certaine souplesse sur le plan des délais afin de disposer d'un peu plus de temps pour préparer ses arguments et sa preuve. Cela explique sans aucun doute le faible nombre de cas de fusionnement qui font l'objet d'un préavis volontaire, puisque cette procédure devant servir à déterminer s'il faut saisir ou non la Commission de l'affaire doit être menée à bien dans un délai de 35 jours ouvrables. En 1998, 22 pour cent seulement des cas ont été notifiés au moyen de cette procédure. Le gouvernement en conclut donc que les parties devraient continuer à avoir le choix entre, soit un délai fixé par la loi, soit un délai administratif pour ce qui est de la décision de renvoyer ou non l'affaire à la Commission[32]. ».

Étendue et valeur de l'information rendue publique

Le secteur privé souhaite ardemment que les autorités responsables de la concurrence rendent publique autant d'information que possible au sujet du déroulement des examens et des décisions rendues dans chaque cas. C'est ainsi que le Bureau des pratiques commerciales loyales a commencé à publier un résumé des avis formulés dans les cas importants. Cette pratique est toutefois assortie d'un coût additionnel. Les cabinets d'avocats, en particulier, ont constaté que le Bureau des pratiques commerciales loyales publiait des documents de travail sur des sujets donnés. Les cabinets souhaitent pouvoir prendre connaissance du raisonnement tenu dans certaines affaires. Comme l'ont fait remarquer des avocats canadiens, il est également utile de connaître les affaires qui n'ont pas soulevé d'opposition et les arguments qui ont été jugés convaincants. On estime que l'information relative aux fusionnements renvoyés à la Commission est limitée et qu'elle est encore plus limitée en ce qui concerne les cas dont la Commission n'a

---

[32]Department of Trade and Industry. *Mergers: A Consultation Document on Proposals for Reform.* Août 1999.

pas été saisie. Dans le même ordre d'idées, et comme au Canada, les avocats apprécieraient que la lettre indiquant qu'aucune mesure ne sera prise comporte aussi des détails et de l'information.

Jusqu'à présent, les juristes s'inquiètent de ne pouvoir obtenir des renseignements substantiels pertinents sur la façon de procéder de la Commission et sur son approche pour ce qui est de l'analyse. Comme les audiences devant la Commission se déroulent à huis clos, les avocats ne voient que les affaires auxquelles ils participent. La lettre envoyée par la Commission aux parties est en fait simplement la liste des questions en litige et ne fournit pas de détails au sujet de l'analyse comme telle. Les avocats ont *véritablement* l'occasion de prendre connaissance pour la première fois de l'analyse qui a été faite seulement lorsque la Commission fournit l'ébauche de chapitres pour avis. Il s'agit là d'un aspect important, car même si la Commission ne peut que recommander des mesures à prendre, ses constatations quant aux faits ont un caractère contraignant.

Depuis quelques temps, la Commission fait preuve de plus d'ouverture. Par exemple, elle publie maintenant la lettre envoyée aux parties et dans laquelle sont précisées les mesures correctives possibles dans l'éventualité où la Commission s'opposerait au fusionnement.

Bureau des pratiques commerciales loyales

Le Barreau privé tient le personnel et la procédure du Bureau des pratiques commerciales loyales en haute estime. Les avocats font notamment l'éloge du leadership exercé par la haute direction et par le Directeur des fusionnements. Ils ont la possibilité de se manifester très tôt et de discuter de façon officieuse d'une affaire afin de bien orienter par la suite l'examen. Une intervention aussi proactive leur permet de répondre plus facilement et rapidement aux prescriptions en matière de présentation et d'information, leur donne une idée de l'ampleur des difficultés pouvant survenir et, dans quelques cas, permet même d'avoir une idée des mesures correctives possibles.

Les avocats sont en faveur d'une plus grande délégation du pouvoir de décision. Un pas important dans cette direction serait d'adopter la proposition concernant le pouvoir ministériel de renvoyer les affaires de fusionnement à la Commission de la concurrence[33].

Processus accusatoire ou non accusatoire

Parmi les avocats, les opinions divergent sur la nature même du processus actuel. Pour certains, l'absence d'un processus accusatoire transparent est un facteur qui contribue au manque d'information au sujet de la procédure de la Commission et de son approche en matière d'analyse. Contrairement à l'UE, il n'existe au R.-U. aucun énoncé officiel des objections à la fin de l'examen préliminaire. On se contente d'annoncer le renvoi à la Commission par voie de communiqué de presse, en ajoutant seulement quelques détails.

---

[33] Au moment de la publication du présent rapport, le ministre du Département du commerce et de l'industrie avait déjà annoncé l'adoption d'une pratique conforme à cette proposition.

Par ailleurs, le fait que le processus ne soit pas de type accusatoire recueille un fort appui et est considéré comme un avantage. Les tenants de ce système estiment qu'il faudrait compter beaucoup plus temps avant qu'une décision ne soit rendue si le processus était de type accusatoire. (À l'heure actuelle, la Commission dispose d'un délai de trois mois pouvant être prolongé de trois mois). De l'avis général, l'examen en deux volets fait bien l'affaire, et il y a peu d'arguments en faveur d'un processus accusatoire.

Annexe A : - Liste des personnes ayant participé aux entretiens

M. John S. Bridgeman Director General of Fair Trading Office of Fair Trading Field House 15 - 25 Bream's Bldgs. London EC4A 1PR Angleterre	M^me^ Margaret Bloom Director of Competition Policy Office of Fair Trading Field House 15 - 25 Bream's Bldgs. London EC4A 1PR Angleterre
M. Andrew J. White Director of Mergers Office of Fair Trading Field House 15 - 25 Bream's Bldgs. London EC4A 1PR Angleterre	M. Adrian Walker-Smith Director, Cartel Investigations Office of Fair Trading Field House 15 - 25 Breams Building London EC4A 1PR Angleterre
M. Edward Whitehorn Director, Policy Co-ordination Office of Fair Trading Field House 15 - 25 Bream's Bldgs. London EC4A 1PR Angleterre	M^me^ Penny Boys Secretary Competition Commission New Court 48 Carey Street London WC2A 2JT Angleterre
M. David Miner Department of Trade and Industry 1 Victoria Street London SW1 Angleterre	M. Richard Leyland Department of Trade and Industry 1 Victoria Street London SW1 Angleterre
M^me^ Jane Swift Department of Trade and Industry 1 Victoria Street London SW1 Angleterre	M. Nicholas Spearing Senior Partner Freshfields 65 Fleet Street London EC4Y 1H5 Angleterre
M. Richard Taylor CMS Cameron McKenna Mitre House 160 Aldersgate Street London EC1A 4DD Angleterre	

Annexe B : - Information statistique

Tableau 1. Bureau des pratiques commerciales loyales : Cas de fusionnement examinés

	1999	1998	1997
Proposés ou réalisés	226	252	218
Préavis	69	45	51
Indications confidentielles	50	61	64
Avis informel	70	67	
Nombre total de fusionnements	415	425	396

Tableau 2. Bureau des pratiques commerciales loyales : Cas de fusionnement

	1999	1998	1997
Valeur	116.5 milliards £	180 milliards £	106 milliards £
Concentration horizontale	94%	92 %	95 %
Engagement (pas de renvoi)	7	3	
Renvoi à la Commission de la concurrence	10	8	10

Tableau 3. Bureau des pratiques commerciales loyales : Délais d'exécution

Service	**Délai**	**Fondement**
Préavis volontaire	Au plus 35 jours civils (prolongation de 15 jours comprise)	Législatif
Examen d'un fusionnement public	Au plus 45 jours (39 pour le Bureau des pratiques commerciales loyales et 6 pour le secrétaire d'État)	Échéances administratives
Avis informel par écrit	Au plus 45 jours	Échéances administratives
Indications confidentielles	Au plus 25 jours (19 pour le Bureau des pratiques commerciales loyales et 6 pour le secrétaire d'État)	Échéances administratives

Examen des fusionnements aux États-Unis

Chapitre 5

En avril 2000, à Washington, des hauts fonctionnaires du Bureau de la concurrence se sont entretenus avec environ 30 personnes impliquées dans l'examen des fusionnements aux États-Unis, comprenant des membres du personnel de la Federal Trade Commission (FTC – Commission fédérale du commerce) et du Department of Justice (DOJ – ministère de la Justice) ainsi que des représentants de l'American Bar Association (Association du barreau des États-Unis). Les noms des représentants et avocats figurent à l'annexe A.

En raison de la difficulté de fixer des rendez-vous pour les entrevues, ces dernières ont été menées pour la plupart auprès de membres du personnel de la FTC, personnes qui ont pu fournir beaucoup de renseignements sur les principaux éléments de la législation et de la politique des États-Unis en matière de concurrence. Des fonctionnaires clés du DOJ ont exprimé leur point de vue et fait part de leur expérience.

Ce chapitre décrit la structure et les exigences légales et réglementaires du processus d'examen des fusionnements aux États-Unis. Il expose aussi la façon de procéder de la FTC et du DOJ et présente des commentaires d'avocats du secteur privé.

La structure d'examen des fusionnements aux États-Unis

Aux États-Unis, la FTC et le DOJ sont les organismes fédéraux responsables des mesures antitrust. Les deux ont le pouvoir de faire enquête en cas d'infractions possibles à la concurrence, dans l'ensemble du pays et à l'étranger, lorsque ces infractions peuvent avoir une incidence directe sur la concurrence aux États-Unis. Au pouvoir d'enquête considérable qu'ont ces deux organismes s'ajoute celui de contraindre des intéressés à fournir des documents et à faire des témoignages pouvant être pertinents pour l'enquête.

En principe, les autorités fédérales américaines peuvent examiner un fusionnement en vertu de la *Clayton Act*, *de la Sherman Act* et de la *Federal Trade Commission Act*, dans la pratique, la FTC et le DOJ examinent les fusionnements en vertu de la *Clayton Act*. Le programme fédéral de notification préalable des fusionnements a été instauré par le Titre II de la loi dite *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 (article 7A de la *Clayton Act*).

En 1999, environ 4 700 fusionnements ont été notifiés en application de la loi Hart-Scott-Rodino (HSR). De ce nombre, environ 160 dossiers ont fait l'objet d'une demande d'information supplémentaire de la part de l'un ou l'autre organisme, au terme de la période d'examen initiale de 30 jours. Une demande d'information supplémentaire peut être adressée par la Commission ou un commissaire, ou encore par le procureur général adjoint ou son délégué. La contestation de tout dossier suppose l'accord de la majorité des commissaires de la FTC ou du procureur général adjoint au DOJ.

La Commission fédérale du commerce (Federal Trade Commission – FTC)

La FTC est un organisme administratif indépendant dont les décisions en matière d'application dans les dossiers importants sont prises à la majorité des membres de la Commission. Les pouvoirs de la FTC sont définis dans la *Federal Trade Commission Act* qui interdit la concurrence déloyale et la conduite ou les pratiques déloyales ou trompeuses, dans le

commerce ou influant sur ce dernier. La loi oblige la FTC à agir pour empêcher des personnes, des sociétés de personnes ou des sociétés de recourir à une concurrence déloyale. L'examen des fusionnements est régi par l'article 7 de la loi dite *Clayton Act*.

La Commission est composée de cinq membres nommés par le président des États-Unis sur l'avis et avec le consentement du Sénat. Les commissaires sont nommés pour une période de sept années et pas plus de trois d'entre eux ne doivent appartenir à un même parti politique. Lorsqu'un commissaire est incapable d'exercer ses fonctions jusqu'à la fin de son mandat de sept années, un successeur est désigné pour le reste de la période.

Le président de la FTC est désigné par le président des États-Unis parmi les cinq commissaires. Chef de la direction de l'organisme, le président de la FTC a des pouvoirs et une autorité que n'ont pas les autres commissaires. Il est celui qui nomme le personnel, qui répartit la charge de travail et qui a la direction des dépenses. Les nominations à des postes importants de la FTC doivent être approuvées par les autres commissaires, mais le président est libre de pourvoir d'autres postes.

La FTC exerce des pouvoirs d'enquête, de poursuite et de décision. Les avocats de la FTC font enquête sur des questions antitrust, après quoi ils peuvent recommander à la Commission de formuler une plainte. Faute d'une entente avec les parties au fusionnement, la Commission peut ordonner que les questions de fond dans un dossier soient soumises à un tribunal administratif présidé par un juge qui est aussi membre de la Commission. Si les parties n'obtiennent pas gain de cause auprès du tribunal administratif, elles peuvent d'abord interjeter appel de la décision auprès de l'ensemble des commissaires. Si la décision de la Commission est maintenue, les parties peuvent ensuite en appeler devant la Cour d'appel fédérale.

La Commission est formée de trois bureaux, à savoir : le Bureau de la concurrence (*Bureau of Competition*), le Bureau de l'économie (*Bureau of Economics*) et le Bureau de la protection du consommateur (*Bureau of Consumer Protection*). La Commission possède aussi des bureaux régionaux[34] dans l'ensemble du pays. Le Bureau de la concurrence est le principal responsable de l'application des lois fédérales en matière antitrust et commerciale. Le Bureau de l'économie fournit un soutien important aux avocats du Bureau de la concurrence qui font enquête sur des fusionnements ou d'autres questions; il formule des recommandations à la Commission et il aide à préparer les auditions de dossiers en matière antitrust. En outre, les économistes du Bureau rédigent des rapports et des études sur des questions ayant rapport à la mission de la Commission, à savoir le maintien de la concurrence. Chacun des bureaux a un directeur qui relève directement du président de la FTC, et plusieurs directeurs adjoints qui supervisent les avocats et les économistes et qui sont chargés des opérations quotidiennes.

---

[34]Les dossiers en matière antitrust provenant des bureaux régionaux doivent être soumis au Bureau de la concurrence à Washington qui en surveille l'évolution, comme c'est le cas pour les dossiers des divisions d'examen des fusionnements du Bureau.

Le ministère de la Justice (Department of Justice)

Le DOJ, qui appartient à l'appareil exécutif du gouvernement, est composé de divisions responsables de l'application de lois particulières. Les décisions importantes ayant rapport à l'application de mesures antitrust incombent au procureur général adjoint de la Division antitrust. Lorsqu'il est décidé d'intenter une poursuite, le DOJ soumet l'affaire directement à la Cour fédérale de district; la poursuite est régie par les règles fédérales de procédure civile et, dans une affaire criminelle, par les règles fédérales de procédure criminelle.

La Division antitrust est composée de plusieurs sections, dirigées par des chefs de section, et de plusieurs bureaux régionaux. Lorsqu'est ouverte une enquête sur un fusionnement, le directeur de l'Office des opérations et de l'application de la loi régissant les fusionnements (*Office of Operations and Merger Enforcement*) confie l'enquête à la section ou au bureau régional qui convient et les avocats du Ministère s'occupent de l'enquête et de l'éventuelle poursuite. Il existe par ailleurs un directeur des affaires civiles hors fusionnements (*Civil Non-Merger Matters*) et un directeur de l'application de la loi en matière criminelle (*Criminal Enforcement*).

Contrairement à la FTC, la Division antitrust s'occupe uniquement de l'enquête et de la poursuite. Elle n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance. Toutes les mesures de mise en application relèvent des tribunaux fédéraux.

Le processus de notification

Les dispositions et les règles figurant au Titre II de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 (article 7a de la *Clayton Act*) obligent les parties à notifier un fusionnement dans les conditions suivantes :

- une des parties a un chiffre d'affaires ou des éléments d'actif totalisant au moins 100 millions de dollars américains;
- l'autre partie a un chiffre d'affaires ou des éléments d'actif totalisant au moins 10 millions de dollars américains;
- en conséquence de la transaction, l'acquéreur deviendra propriétaire d'actions ou d'éléments d'actif de l'autre partie ayant une valeur de plus de 15 millions de dollars américains ou, dans certaines transactions, même si les actions acquises ont une valeur égale ou inférieure à 15 millions de dollars américains, d'une part représentant 50 pour cent ou plus des actions en circulation émises par l'autre partie, si cette autre partie a une certaine taille.

Il existe de nombreuses exceptions, certaines prévues dans la loi elle-même et d'autres établies par la FTC avec le consentement du DOJ. Font exception, par exemple, les fusionnements concernant des multinationales qui auront une incidence minime aux États-Unis.

Les frais de notification sont de 45 000 $US si la taille de la transaction est évaluée à plus de 50 millions de dollars mais moins de 100 millions de dollars; 125 000 $US si la taille de la transaction est évaluée à 100 millions de dollars mais moins de 500 millions de dollars; à

280 000 $US si la taille de la transaction est évaluée à 500 millions de dollars ou plus. La partie acquise peut déposer une demande de notification, mais c'est à l'acquéreur qu'il incombe de déposer la notification et d'en acquitter les frais.

« Les parties à certaines transactions proposées doivent présenter un formulaire de notification préalable et de rapport de fusionnement (*Antitrust Pre-Merger Notification and Report Form*) pour renseigner les autorités en matière d'application sur leurs entreprises et elles doivent attendre une période déterminée avant de réaliser la transaction proposée[35]. Durant cette période d'examen, les organismes chargés de l'application de la loi en matière antitrust, analysent les effets vraisemblables de la transaction proposée sur la concurrence. Si l'un ou l'autre des organismes estime avoir besoin de plus d'information pour accomplir son analyse des effets sur la concurrence, il peut demander que des renseignements et documents supplémentaires lui soient fournis. Cette « demande d'information supplémentaire » prolonge la période d'examen d'une durée déterminée, après la date de réponse des parties[36]. Lorsque l'organisme estime, après l'analyse de tous les renseignements fournis, que la transaction proposée enfreint les lois en matière antitrust, il tentera de faire interdire la transaction par la Cour fédérale[37].

Après le dépôt du formulaire de notification préalable et de rapport de fusionnement, les organismes d'application entreprennent l'examen. La FTC est responsable de l'administration du programme de notification préalable des fusionnements. C'est donc l'Office de notification préalable des fusionnements (*Pre-Merger Notification Office*) de la Commission qui détermine en premier si le formulaire a été rempli conformément à la loi et aux règles[38].

Dès qu'un membre de la Commission conclut que les parties semblent avoir respecté toutes les exigences, la Commission envoie une lettre à chaque partie précisant la date à laquelle le formulaire est présumé rempli correctement et la date d'échéance de la période d'examen.

Les deux organismes font un examen préliminaire des aspects fondamentaux de la transaction proposée. Un seul des deux organismes fera enquête sur la transaction proposée. Une fois l'examen préliminaire terminé, si les deux organismes concluent qu'il y a lieu d'approfondir l'examen de la transaction proposée, ils décideront lequel d'entre eux effectuera l'enquête[39]. Sauf

---

[35]*To File or Not to File: Introductory Guides to the Pre-Merger Notification Program*, Pre-Merger Notification Office, Federal Trade Commission, Guide II, janvier 1991.

[36]La période d'examen est prolongée de 20 jours après la réception de l'information demandée. Les délais prévus sont plus courts lorsqu'il s'agit d'une transaction avec offre en espèces ou lorsque l'acquéreur est en faillite.

[37]Ni la FTC ni le DOJ n'ont le pouvoir de contraindre ou de rendre une décision définitive rendant obligatoire, par exemple, le dessaisissement d'éléments d'actif. Les deux organismes doivent demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance définitive avant de faire appliquer une mesure corrective.

[38]Guide I, *What is the Pre-Merger Notification Program, An Overview*.

[39]D'ordinaire, l'organisme ayant acquis des connaissances spécialisées et une expérience dans un domaine donné est celui qui est autorisé à faire enquête. Par exemple, la FTC est l'organisme qui fait habituellement enquête sur les fusionnements dans les industries de l'automobile, du pétrole, du commerce alimentaire de détail et du ciment. Le DOJ s'occupe habituellement des fusionnements dans les industries de l'acier et des

pour le personnel de l'Office de notification préalable des fusionnements, aucun employé de l'un ou l'autre organisme n'entre en rapport avec les parties ou avec des tiers, avant que les organismes n'aient déterminé lequel des deux sera responsable de l'enquête sur le fusionnement proposé. »

Lorsque l'organisme devant faire enquête a été déterminé, il peut demander à toutes les parties, ou à l'une d'entre elles, de fournir des renseignements supplémentaires. Cette demande est habituellement qualifiée de « demande d'information supplémentaire ». Après avoir reçu une telle demande, les parties estimant que les renseignements demandés sont plus détaillés qu'il ne le faut sont incitées à communiquer avec les avocats de l'organisme pour discuter de la possibilité de réduire l'étendue de la demande[40]. La remise d'une demande d'information supplémentaire a pour effet de reporter la période d'examen obligatoire de vingt jours après la réception des renseignements demandés des parties. Cette demande d'information supplémentaire doit être soumise aux parties par l'organisme avant l'échéance de la période d'examen de 30 jours. Si la période d'examen s'écoule sans que l'une des parties n'ait reçu une demande d'information supplémentaire de la part des organismes, les parties sont libres de réaliser la transaction proposée.

Le processus d'examen de la FTC

Le nombre d'opérations notifiées à la FTC et au DOJ a plus que triplé au cours des dix dernières années, passant de 1 529 en 1991 à 4 926 durant l'exercice ayant pris fin le 30 septembre 2000. Il est prévu que le nombre enregistré durant l'exercice financier 2000 dépassera de 15 pour cent le nombre inégalé de 4 728 enregistré en 1998.

Plus de 70 pour cent des fusionnements notifiés sont approuvés rapidement et moins de 3 pour cent font l'objet d'une demande d'information supplémentaire. Cela correspond à environ 100 demandes d'information supplémentaire de la part de la FTC en 1999, par rapport à environ 4 700 notifications. À la FTC, plus de 60 pour cent des enquêtes avec demande d'information supplémentaire aboutissent à une quelconque mesure d'application de la loi, ce qui donne à penser que la FTC examine soigneusement les fusionnements pour dégager ceux pour lesquels il faudra vraisemblablement prendre une mesure d'application. La totalité des renseignements requis dans la demande d'information supplémentaire sont fournis par les parties dans moins de 15 pour cent des dossiers, parce que la FTC travaille conjointement avec les parties afin de réduire les inquiétudes et de limiter l'information requise.

L'examen des fusionnements occupe actuellement plus des deux tiers des effectifs de la FTC affectés à l'application de la loi, comparativement à une proportion d'environ 50 pour cent dans le passé.

---

télécommunications.

[40]Suivant le processus officiel mis en place récemment, les deux organismes s'engagent à communiquer avec les parties dans les cinq jours suivant la demande d'information supplémentaire, pour discuter du contenu de cette dernière.

La notification préalable d'un fusionnement

Comme nous l'avons déjà signalé, la FTC administre le processus d'application de la loi Hart-Scott-Rodino (HSR). Le plus important organe de la FTC à cet égard est peut-être l'unité sous l'autorité du directeur adjoint, soit l'Office de notification préalable des fusionnements (*Pre-Merger Notification Office* – PNO) qui reçoit toutes les notifications préalables en application de la loi HSR.

Le directeur adjoint du PNO organise régulièrement des séances de travail du midi avec les avocats du secteur privé qui font souvent des notifications, afin d'éclaircir des aspects de la notification et d'expliquer les changements ayant été apportés à la façon de procéder. En avril 2000, 19 séances de travail du midi ont eu lieu et plusieurs autres sont prévues dans les bureaux régionaux du PNO. Ces séances accueillent de très nombreux avocats et membres du personnel du PNO pour qui elles sont une bonne occasion d'éclaircir la politique et la façon de procéder et d'améliorer la communication et les relations entre les deux groupes.

Le PNO compte plusieurs employés de soutien, cinq avocats et sept enquêteurs. Le personnel de soutien veille à ce que les parties aient bien rempli le formulaire de notification et aient acquitté les frais. En outre, ces employés ont pour fonction de placer tous les renseignements pertinents dans une base de données; de réunir les documents dans un dossier, d'y attribuer un numéro et d'y apposer la date et le tampon et, enfin, de préparer un résumé qui est annexé au dossier.

Lorsque la notification est incomplète ou incorrectement remplie, le PNO communique avec les parties qui doivent lui retourner des révisions et un nouveau formulaire. La période d'examen est interrompue jusqu'à la réception des révisions, à moins que l'information manquante ne soit peu importante, auquel cas la période d'examen suit son cours et le PNO demande simplement aux parties de fournir les renseignements le plus tôt possible. Il est rare qu'un formulaire soit mal rempli. Les avocats sont très familiers avec les exigences en matière de notification, et la FTC ainsi que le DOJ expliquent régulièrement l'orientation de la politique par voie d'allocutions et de documents.

Une fois la vérification initiale terminée, le dossier est confié à un des avocats ou des enquêteurs du PNO qui doit en faire l'examen. L'avocat ou l'enquêteur doit remplir un résumé type appelé modèle, dans lequel il décrit la transaction proposée et tout point d'intérêt, et formule des recommandations. Ces renseignements sont saisis dans une base de données accessible pour lecture seulement aux avocats plaidants et au contentieux du ministère de la Justice (DOJ).

Dans l'ensemble, les renseignements fournis par les parties dans les notifications sont suffisants pour permettre aux avocats du PNO de déterminer s'il y a lieu d'abréger l'examen à ce stade. Le PNO fait un tri et sélectionne les dossiers à soumettre au Bureau de la concurrence en vue d'un examen plus approfondi. Même lorsqu'il n'a pas lieu de croire à une entorse au libre jeu de la concurrence, le PNO transmet habituellement les dossiers au Bureau s'il est au courant de dossiers antérieurs semblables. De façon générale, le PNO doit décider en deux ou trois jours s'il y a lieu de recommander l'abrégement ou un examen plus approfondi.

Compte tenu de la période d'examen de 30 jours prévue par la loi, le PNO transmet toutes les nouvelles notifications (et les recommandations appropriées) au directeur du Bureau de la concurrence le mercredi. Le directeur examine les recommandations (abrégement de l'examen ou examen plus approfondi par le Bureau de la concurrence) et appose sa signature le vendredi. Les échéances très brèves sont rigoureusement respectées, sauf pour de rares exceptions, ce qui permet au PNO de s'acquitter efficacement de son travail.

Le directeur adjoint du PNO a révélé son intention de rendre le processus plus efficace par la saisie, dans la base de donnée du PNO, de toutes les interprétations fournies par les avocats du secteur privé. Ainsi, le PNO pourra fournir des conseils et des renseignements uniformes et les renseignements sur les sociétés ne seront pas perdus lors du départ d'un employé du PNO. En raison du roulement du personnel et du fait que le PNO reçoit environ 40 000 appels téléphoniques chaque année, il est essentiel que le personnel du PNO soit capable de fournir des conseils uniformes et précis.

L'autorisation

Le processus d'autorisation permet de régler rapidement les questions de partage de la responsabilité entre la FTC et le DOJ dans plus de 95 pour cent des dossiers. L'organisme qui souhaite se charger d'un dossier remplit une demande d'autorisation (*Clearance Request*) dans laquelle sont indiqués le numéro de la notification préalable du fusionnement, les noms des parties, les principes en jeu dans le dossier, les aspects importants, l'expérience et les connaissances spécialisées de l'organisme d'examen, ainsi que le nom de l'avocat qui demande l'autorisation. Chacun des organismes possède un Office d'autorisation (*Clearance Office*) qui s'occupe d'orienter les dossiers. Si la demande d'autorisation n'est pas contestée, le dossier est confié à l'organisme et à la personne qui en ont fait la demande. En cas de désaccord, le dossier est transmis au sous-directeur du Bureau de la concurrence et à son homologue au DOJ. Si le différend ne peut être réglé à ce niveau, le dossier est soumis à des niveaux successivement plus élevés jusqu'au règlement de la question. La raison principale de cette demande d'autorisation est l'expertise concernant le produit ou les produits pertinents impliqués dans le fusionnement.

L'examen par le Bureau de la concurrence (*Bureau of Competition*)

Au Bureau de la concurrence, l'examen des fusionnements est assuré par quatre divisions comptant chacune entre 20 et 30 avocats[41], dont au moins cinq ou six avocats principaux. Les avocats de la FTC reçoivent une formation très poussée. Chacune des quatre divisions d'examen des fusionnements est spécialisée dans des domaines particuliers. Par exemple, une des divisions se spécialise dans les industries de la défense et des produits pharmaceutiques, tandis qu'une autre l'est dans les industries de produits chimiques et de l'informatique.

L'examen d'un dossier important, après sa vérification initiale par le PNO et durant la période initiale de 30 jours, peut être confié à un avocat principal ayant l'appui d'un ou deux avocats adjoints et d'un économiste. D'autres employés de soutien peuvent être affectés au dossier après la demande d'information supplémentaire. L'équipe chargée de l'examen d'un

[41]Chaque division compte aussi cinq ou six employés de soutien, incluant des enquêteurs et des secrétaires.

dossier complexe donnant lieu à une poursuite peut compter jusqu'à huit avocats et deux économistes et, parfois, de très nombreux employés de soutien, si l'affaire est très complexe.

Les divisions d'examen des fusionnements utilisent les services de très nombreux techniciens juridiques et le Bureau de la concurrence en emploie habituellement une trentaine. Les tâches de ces techniciens inscrits au « programme parajuridique »[42] consistent surtout à aider à faire des entrevues, à examiner les documents, à rédiger des notes de service et à assister à des réunions. Chaque division a aussi deux ou trois enquêteurs « professionnels » qui veillent à ce que les parties répondent bien à la demande d'information supplémentaire, préparent les pièces à produire, rédigent des requêtes et s'occupent du traitement des documents.

Un avocat principal peut demander l'affectation de cinq à dix personnes de plus pour l'examen des documents, suivant la quantité des documents qui auront été fournis en réponse à une demande d'information supplémentaire. Il incombe à l'avocat principal de définir les questions les plus importantes et de veiller à faire lire les documents les plus importants par les employés ayant le plus d'expérience, laissant aux techniciens juridiques la tâche de lire les documents moins complexes.

La FTC retient habituellement les services d'un expert en économie pour témoigner durant le procès, mais il est rare qu'elle engage des spécialistes d'une industrie.

Chaque semaine, chacune des divisions reçoit du PNO des dossiers avec résumés (modèles) contenant des précisions telles que le recoupement des codes de la CTI[43] et les inquiétudes au sujet des effets sur la concurrence. Après avoir examiné ces renseignements, chaque division détermine s'il y a lieu de demander au PNO la notification faite en application de la loi HSR, pour l'examiner plus à fond. D'après des hauts fonctionnaires, des quelque 4 600 notifications faites en 1999, seulement 1 000 environ ont été soumises à une division d'examen des fusionnements. Une part importante (environ 70 pour cent) des dossiers soumis à une division est examinée par un avocat qui détermine, en fonction des renseignements fournis dans la notification, de sa connaissance de l'industrie et des dossiers antérieurs et du dépouillement des sources d'information accessibles au public, s'il y a lieu d'abréger l'examen à ce stade, sans recourir à des tiers. Seulement 100 dossiers, environ, donnent lieu à une demande d'information supplémentaire de la part de la FTC[44].

---

[42]Le ministère de la Justice (DOJ) et la FTC ont tous les deux un programme de soutien parajuridique qui permet à des étudiants ayant l'intention de faire des études en droit de travailler dans l'organisme durant 14 mois. Entre 30 et 35 étudiants sont habituellement inscrits au programme de la FTC.

[43]Les codes à deux chiffres de la CTI appartiennent au système de Classification type des industries défini dans le manuel de classification du gouvernement des États-Unis (*United States Government Classification Manuel*), 1987. Exemples : 07 – Services agricoles; 13 – Pétrole brut et gaz naturel.

[44]Parmi les 900 dossiers pour lesquels la FTC n'a pas demandé d'information supplémentaire, un certain nombre ont été confiés au DOJ qui a fait une demande d'information supplémentaire. En 1999, ce nombre était de 66.

Lorsqu'une division décide qu'il y a lieu d'examiner un dossier plus à fond, la FTC demande au DOJ l'autorisation de se charger du dossier afin de pouvoir communiquer avec les parties et avec des tiers. Une fois une enquête ouverte, elle est inscrite dans le système de gestion des dossiers (*Matter Management System*) et un second numéro de dossier est attribué.

Comme il faut décider s'il y a lieu de faire une demande d'information supplémentaire et de transmettre cette demande dans un délai de 30 jours[45], une division d'examen des fusionnements a habituellement moins de trois semaines, à compter de la réception des notifications faites en application de la loi HSR, pour déterminer si les inquiétudes quant aux effets sur la concurrence suscitées par le fusionnement proposé justifient une demande d'information supplémentaire. Les avocats des divisions doivent avoir une très grande discipline pour s'acquitter de leur charge de travail dans les délais prescrits. En raison des contraintes de temps, ils misent beaucoup sur leur expérience et sur l'apport de tiers.

Lorsque l'autorisation de se charger d'un dossier a été accordée, les avocats cherchent habituellement à communiquer avec des clients et des concurrents des entreprises pour se renseigner sur les conditions de la concurrence sur le marché en question. Ils communiquent également avec les avocats des parties pour obtenir plus de renseignements sur les entreprises, sur les produits de ces dernières et sur leurs concurrents et clients. Il n'est pas rare, durant la période initiale de 30 jours, que les avocats des divisions d'examen de fusionnements demandent aux parties, qui les leur fournissent, des documents récents sur la conduite courante de leurs affaires, par exemple, des plans stratégiques ou des évaluations de la concurrence.

Les avocats du secteur privé sont habituellement au courant des domaines de spécialité du Bureau de la concurrence et du DOJ. Lorsqu'il est certain qu'un dossier sera transmis par le PNO, les avocats des parties fournissent ordinairement une copie de la notification à l'avocat de la division d'examen des fusionnements appropriée, en même temps que la notification au PNO. Ainsi, les avocats de la division d'examen des fusionnements ont la possibilité de se familiariser avec le dossier pendant son traitement au PNO.

Les parties prennent souvent rendez-vous avec les avocats d'une division d'examen des fusionnements, avant ou peu après la notification, afin d'établir les aspects pertinents en matière de concurrence et de fournir des renseignements supplémentaires pour que l'évaluation de la transaction proposée puisse être accomplie durant la période d'examen initiale de 30 jours. De façon générale, des rencontres régulières ont lieu entre des avocats de la division et les parties au cours de la période d'examen initiale.

La FTC permet aux parties de retirer une notification et de la faire à nouveau dans un délai de 48 heures, sans frais additionnels. Cela est autorisé pour certains dossiers dans lesquels ont été relevées des inquiétudes quant aux effets sur la concurrence, lorsque les parties estiment que des avocats de la division ne trouveront pas nécessaire de recourir à une demande

---

[45]La période d'examen initiale de 30 jours et la prolongation de 20 jours à compter de la réception d'une part importante des renseignements requis dans la demande d'information supplémentaire sont applicables dans la grande majorité des cas. Toutefois, des délais plus courts sont prévus lorsqu'il s'agit de la transaction avec offre en espèces ou lorsque l'acquéreur est en faillite.

d'information supplémentaire s'ils ont plus de temps et plus de renseignements. Dans ces circonstances, les parties peuvent décider de retirer leur notification et de la faire à nouveau, de manière à repartir à zéro la période d'examen initiale de 30 jours.

Les avocats d'une division d'examen des fusionnements informent habituellement les parties, vers la fin de la période initiale, de leur décision de recommander ou non une demande d'information supplémentaire. Il arrive parfois que les parties envisagent de faire la notification à nouveau.

La demande d'information supplémentaire

Le Comité directeur des fusionnements (*Mergers Steering Committee*) doit approuver la recommandation d'une division d'examen des fusionnements concernant une demande d'information supplémentaire et cette recommandation doit être signée par un commissaire. Le Comité se réunit habituellement le jeudi, mais des réunions spéciales sont souvent convoquées si la période initiale de 30 jours sera écoulée avant que n'ait lieu la prochaine réunion prévue. Le Comité examine généralement un ou deux dossiers chaque semaine. Un mémoire de 8 à 15 pages, présentant les faits et la description du marché, etc., est envoyé aux membres du Comité au moins deux jours avant la tenue d'une réunion.

Assistent aux réunions le sous-directeur de la Division antitrust au Bureau de l'économie, le directeur adjoint du PNO et de la division d'examen des fusionnements qui a fait la recommandation, les membres du personnel du Bureau de la concurrence et du Bureau de l'économie qui s'occupent du dossier en question et d'autres membres intéressés de la FTC. Les réunions ont pour objet l'analyse de la transaction proposée, des marchés pertinents possibles et des principaux aspects à examiner. Les questions délicates pouvant être soulevées durant l'enquête, la dimension internationale, l'étendue de l'information supplémentaire demandée et les mesures correctives possibles peuvent aussi faire l'objet d'une discussion.

Le directeur adjoint pour les Opérations effectue un examen approfondi de toutes les demandes d'information supplémentaire avant leur transmission à la Commission pour tenter de définir de nouveau l'étendue des documents requis[46]. Une fois faite la demande d'information supplémentaire, les parties et les avocats de la Division d'examen des fusionnements négocient l'étendue de cette information et les exigences s'y rapportant. Si les parties estiment qu'il n'y a pas lieu de fournir une partie de l'information supplémentaire demandée, et si elles sont incapables d'en venir à une entente avec l'avocat principal et le directeur adjoint de la division d'examen des fusionnements chargée du dossier, elles peuvent interjeter appel auprès de l'avocat général de la FTC[47]. Toutefois, des entretiens avec des hauts fonctionnaires de la FTC confirment que de tels appels sont rares, puisque la demande d'information supplémentaire fait normalement l'objet de négociations avec les parties.

---

[46]Richard G. Parker, allocution à la réunion du printemps 2000 de l'American Bar Association. 7 avril 2000.

[47]Federal Trade Commission, *Requests for Additional Information: Appeal Procedure.*

Dans l'allocution qu'il a prononcée devant l'American Bar Association (Association du barreau des États-Unis) en avril 2000, le directeur de l'époque du Bureau de la concurrence de la FTC a annoncé que, « [TRADUCTION] dorénavant, des réunions régulières sur les demandes d'information supplémentaire seront prévues au début de l'enquête dans laquelle des questions importantes ont été mises en relief, dans l'espoir d'établir un plan d'enquête convenu. Les avocats de la FTC ont maintenant pour directive d'organiser une réunion sur la demande d'information supplémentaire avec les parties à une opération proposée[48], dans les cinq jours ouvrables suivant la demande, à moins qu'il n'en soit convenu autrement. » La FTC a aussi instauré un processus dans le cadre duquel les employés doivent répondre à toutes les demandes de changements dans les cinq jours ouvrables suivant celui où les changements ont été proposés.

Aucun délai n'est fixé pour répondre à une demande d'information supplémentaire. Lorsque les parties ont répondu à la demande et attesté qu'ils ont fourni les renseignements demandés, l'organisme dispose de très peu de temps parce que les parties peuvent réaliser de la transaction proposée 20 jours après avoir répondu en substance à la demande d'information supplémentaire. Par conséquent, pour empêcher un fusionnement, la FTC doit s'adresser à la Cour fédérale de district pour obtenir une injonction provisoire avant la date d'expiration. Toutefois, les parties peuvent accepter de retarder la transaction afin de donner à l'organisme suffisamment de temps pour examiner la transaction.

Les parties, familières avec le processus, ne fournissent habituellement pas tous les renseignements demandés d'un seul coup, mais plutôt au fur et à mesure qu'elles les rassemblent, pour que l'organisme ait le temps d'examiner ces renseignements et de bien évaluer les arguments des parties à l'appui de la transaction proposée[49]. Les parties ont aussi l'habitude de se réunir avec les avocats de la Division d'examen des fusionnements pour faire des exposés et pour que les avocats puissent obtenir des témoignages des cadres des entreprises aux fins de l'enquête[50]. De façon générale, les parties fournissent un mémoire écrit, appelé « document blanc », qui présente leurs arguments et les éléments de preuve à l'appui. Les parties peuvent aussi choisir de présenter un exposé au directeur adjoint de la division qui est responsable de l'examen du fusionnement proposé. En plus de se fonder sur l'information fournie par les parties, la FTC s'appuie fortement sur des entrevues avec des tiers, dont des clients, des concurrents et d'autres membres de l'industrie. Elle peut aussi demander à des tiers de lui fournir volontairement des documents, des renseignements ou des témoignages, ou les contraindre à le faire.

Les parties qui souhaitent présenter un exposé au directeur du Bureau de la concurrence doivent le faire au plus tard une semaine avant l'échéance de la période d'examen. Lorsqu'une recommandation a été remise à la FTC, les parties se réunissent généralement avec les commissaires pour tenter de les convaincre de ne pas contester l'opération proposée. Si la FTC croit qu'un fusionnement aura des effets anticoncurrentiels, elle peut procéder de deux façons :

---

[48]Ibid 45.

[49]Les renseignements fournis par les parties doivent être indexés.

[50]La FTC peut aussi recourir à la contrainte légale pour obtenir des témoignages des parties.

conclure une entente avec les parties ou intenter une poursuite pour empêcher le fusionnement. Les parties qui veulent régler le problème peuvent négocier une entente par consentement avec le personnel de la Commission, laquelle doit approuver l'entente. Si la Commission décide d'intenter une poursuite pour empêcher le fusionnement, les commissaires doivent décider à la majorité de s'adresser à un tribunal de district pour obtenir une injonction provisoire. Le fusionnement ne peut donc pas être effectué avant qu'un tribunal administratif n'ait examiné le bien-fondé de la transaction proposée. En cas de poursuite, la procédure est engagée par les avocats de la FTC.

LA FTC peut choisir quand soumettre un dossier à la Cour fédérale de district. Par exemple, dans l'affaire *Staples-Office Depot*, la requête a été déposée en novembre, l'audience a eu lieu en mai, et la décision a été rendue en juin. Dans un dossier se rapportant à des grossistes de produits pharmaceutiques, la requête a été déposée en mars, et la décision rendue en juillet. Le règlement peut être beaucoup plus rapide dans certains dossiers.

La clôture des dossiers

Les avocats doivent remplir un formulaire type pour clore chaque dossier et l'information inscrite sur le formulaire doit être saisie dans la base de données. Chaque année, la FTC établit le nombre de dossiers ayant fait l'objet d'une demande d'information supplémentaire et dans lesquels des mesures correctives doivent être prises[51]. Le rapport de rendement (*Performance Report*) et le rapport annuel au Congrès (*Annual Report to Congress*) de la FTC renferment des données statistiques et renseignements supplémentaires concernant les dossiers.

L'Office des relations publiques (*Publics Affaires Office*) de la FTC prépare des communiqués et d'autres documents sur les différents dossiers, aux fins de la publication. Les employés de cet office sont des spécialistes en communication, mais chaque communiqué est vérifié par la division responsable de l'examen d'un dossier donné, par le directeur du Bureau de la concurrence et par le président de la FTC, pour garantir l'exactitude sur le plan juridique et des faits, avant la diffusion aux médias. Ces communiqués sont également affichés sur le site Internet de la FTC (http://www.ftc.gov).

Le directeur du Bureau de la concurrence se réunit avec les directeurs adjoints une fois par mois et, chaque semaine, un rapport sur les « dossiers chauds » lui est remis. Le bureau du directeur est aussi en étroit rapport avec les divisions d'examen des fusionnements, afin de coordonner les réunions du Comité directeur des fusionnements, la circulation des documents et d'autres aspects.

La Division de la conformité (*Compliance Division*)

Le personnel de la Division de la conformité du Bureau de la concurrence travaille avec les avocats des divisions d'examen des fusionnements dès les premiers stades du processus pour aider à déterminer les mesures correctives possibles. De cette manière, les connaissances spécialisées de l'organisme peuvent être concentrées dans un domaine. La Division, qui compte

---

[51] Federal Trade Commission, *Performance Report*, exercice 1999.

six ou sept avocats, veille à la conformité aux ordonnances et prend des mesures d'application lorsque les parties enfreignent la loi HSR.

La Division a récemment publié une étude de la conformité aux ordonnances de dessaisissement[52]. L'étude porte sur les caractéristiques des ordonnances et tente de dégager quels facteurs peuvent déterminer la conformité aux ordonnances, par exemple, le fait de trouver d'emblée un acheteur convenable. La Division travaille avec les avocats d'une partie pour déterminer les candidats possibles au dessaisissement et pour l'aider à trouver des fiduciaires et à retenir leurs services, au besoin.

Le Bureau de l'économie (*Bureau of Economics)*

Lorsqu'une demande d'autorisation est présentée, le Bureau de l'économie est informé de la transaction proposée. Toutefois, le Bureau n'affecte pas nécessairement un économiste à chaque dossier, puisque l'autorisation est accordée dans de nombreux dossiers après quelques appels ou un peu de recherche et que les services d'un économiste ne sont pas requis.

Le Bureau de l'économie regroupe environ 40 économistes ayant fait des études de doctorat et des adjoints à la recherche. La plupart des économistes sont chargés d'un dossier important et d'un ou deux autres de moindre importance. À l'heure actuelle, le Bureau n'a que six adjoints à la recherche. Actuellement, le Bureau reçoit chaque semaine un ou deux dossiers nécessitant les services d'un économiste.

De l'avis des économistes, la période de 30 jours offre très peu de temps pour déterminer s'il y a lieu de faire une demande d'information supplémentaire. Étant donné la brièveté de la période, les économistes croient fermement qu'ils doivent entrer le plus tôt possible dans le processus. Ils peuvent aider à établir les principes en jeu dans le dossier et à définir la demande d'information supplémentaire, à fournir un appui dans les négociations (pour déterminer si les mesures correctives possibles sont acceptables) et, habituellement, à définir les paramètres des contrats. Il est aussi très important qu'ils participent aux entrevues pour veiller à ce que les principes en jeu dans le dossier soient raffinés et étayés et, au besoin, modifiés.

La décision de faire ou de ne pas faire témoigner des économistes internes ou externes est une question intéressante. S'il est vrai que les juges sont généralement d'avis que les économistes internes manquent d'objectivité, la véritable question est de savoir s'ils estiment que les économistes de l'extérieur recrutés pour un dossier en manquent tout autant. Certes, les économistes externes revêtent une plus grande autorité, mais, si les parties ont recours à des « experts-conseils » influents, la FTC peut faire de même, et c'est la démarche que la FTC préfère. Cependant, les économistes de l'extérieur semblent être de moins en moins nombreux et

---

[52]L'étude intitulée *A Study of the Commission's Divestiture Process* est la première analyse systématique de la conformité aux ordonnances de dessaisissement depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi Hart-Scott-Rodino régissant la notification préalable des fusionnements, en 1976. Elle porte sur les ordonnances de dessaisissement rendues entre 1990 et 1994. Le rapport d'étude, fondé sur des entrevues menées suivant la méthode des études de cas, traite des facteurs qui déterminent le degré de conformité et il renferme, en conclusion, des recommandations devant permettre de garantir une plus grande conformité aux ordonnances de dessaisissement. Allocution de Richard G. Parker devant l'International Bar Association, Barcelone, Espagne. 28 septembre 1999.

les services d'économistes réputés sont extrêmement coûteux. De plus, il est difficile de trouver des experts ayant des connaissances spécialisées tout autant de l'industrie en question que dans l'analyse de l'organisation industrielle. Par conséquent, le Bureau de l'économie cherche à utiliser plutôt des économistes internes comme témoins et, à cette fin, il leur fournit la formation nécessaire. Il est moins coûteux de recourir à des économistes internes que de recruter des économistes de l'extérieur, et les économistes internes bénéficient de l'appui du personnel. Il faut savoir qu'un économiste interne peut se joindre à une équipe dès le début pour conseiller et diriger cette dernière dans ses travaux d'élaboration et d'analyse, ou qu'il peut y être affecté plus tard en vue de témoigner sur des aspects précis; l'une ou l'autre forme de participation est possible, mais non pas les deux à la fois.

Les économistes du Bureau de l'économie peuvent aussi consacrer jusqu'à 30 pour cent de leur temps à la recherche. Le Bureau tente généralement de prévoir des périodes à cette fin lorsque l'économiste n'est pas affecté à un dossier. Cette façon de procéder permet de prévoir plus de temps de recherche possible et d'attirer de nouveaux employés.

Il peut être très décourageant pour les économistes internes déjà affectés à un dossier d'être ensuite remplacés par un « expert influent » de l'extérieur lorsque le dossier devient plus important et qu'il y aura une poursuite. Pour ces raisons et d'autres fournies précédemment, le Bureau de l'économie s'efforce par tous les moyens de motiver son personnel et de garder un bon groupe d'experts et de témoins d'expérience.

La FTC a organisé un atelier de deux jours pour la formation de témoins experts et elle organise des poursuites fictives pour que les économistes apprennent à témoigner, qu'ils comprennent les règles et le fonctionnement d'une déposition, et qu'ils se familiarisent avec le processus. Il est également bon pour les avocats de la Direction des fusionnements de pouvoir « répéter leur rôle », s'exercer à contre-interroger des témoins et acquérir l'habitude d'autres aspects de la fonction de plaideur.

Le Bureau de l'économie offre des séminaires et des ateliers sur la manière de préparer des dépositions, de faire des simulations avec des économistes externes et de tenir des réunions après le règlement pour évaluer, du point de vue économique, ce qui a été réussi et les modèles qui sont ou ne sont pas efficaces. Parfois, de nouveaux économistes sont jumelés à ceux qui ont de l'expérience pour permettre aux nouveaux employés de se familiariser avec le processus.

La FTC sait qu'il est important d'anticiper ou de tenter de prévoir les changements. Le Bureau de l'économie invite des universitaires et des gens d'affaires à venir échanger leurs opinions sur les nouveaux enjeux, et il incite les membres du personnel à discuter des questions nouvelles et à proposer des solutions nouvelles. Le Bureau s'est engagé à acquérir de l'expertise dans les domaines importants et nouveaux, comme l'analyse économétrique et la simulation par ordinateur des fusionnements.

La coopération internationale

La mondialisation accroît l'importance de la coopération entre les organismes. La profession juridique est préoccupée en raison de la surveillance accrue des fusionnements à

l'échelle mondiale, et la FTC croit que la coopération internationale est efficace. Dans son allocution devant l'Association internationale du barreau, à Barcelone, en septembre 1999, l'ancien sous-directeur principal du Bureau de la concurrence, Richard G. Parker, a affirmé que « [TRADUCTION] les autorités en matière de concurrence étaient capables de s'acquitter de la tâche et qu'elles étaient disposées à coopérer entre elles pour que les résultats soient compatibles. Il existe une grande convergence dans la définition du marché et dans l'analyse des effets sur la concurrence. Les rares fois où il y a divergence entre les autorités du point de vue des résultats, ces divergences sont attribuables à des différences dans les principes fondamentaux des lois appliquées par chacune[53]. »

Les membres du personnel de la FTC conviennent que le changement le plus important des dernières années a été l'abandon des exigences en matière de confidentialité dans les dossiers sur les fusionnements. En conséquence, les autorités peuvent discuter des questions de manière ouverte et en fonction des mêmes faits. Elles peuvent définir les marchés qui les préoccupent et déterminer si ces préoccupations sont les mêmes. La technologie concourt aussi à une meilleure coopération. Le courrier électronique est, par exemple, un moyen de communication plus rapide et plus efficace que l'appel téléphonique puisqu'il ne faut plus tenir compte des fuseaux horaires. De façon générale, les autorités peuvent coopérer plus étroitement et plus tôt dans le processus, ce qui leur permet de coordonner davantage l'établissement et l'application des mesures correctives.

Un autre facteur clé a été l'établissement et le maintien d'excellentes relations de travail entre la Division internationale de la FTC et les divisions d'examen des fusionnements, qui doivent tous se tenir au courant des faits nouveaux dans le champ d'activité de chacun. La Division internationale est celle qui a les compétences nécessaires, sur le plan stratégique, pour régler des dossiers dans lesquels interviennent deux ou plusieurs pays. Les divisions d'examen des fusionnements, elles, ont l'expérience voulue dans les dossiers et elles reconnaissent l'importance de la coopération internationale dans le règlement des dossiers. (Voir le chapitre 9 pour plus de renseignements sur le contexte international.)

Le processus d'examen au ministère de la Justice

La Division antitrust du ministère de la Justice (DOJ) a connu le même accroissement de la charge de travail que la FTC. Dans son allocution lors du Milton Handler Annual Antitrust Review de l'Association du barreau de la ville de New York, en novembre 1999, la directrice de l'Office des opérations et de l'application de la loi régissant les fusionnements (*Office of Operations and Merger Enforcement*), Constance Robinson, a signalé qu'en 1999, le DOJ et la FTC ont examiné un nombre sans précédent de 4 679 transactions de fusionnement, qui représentent une hausse de près de 65 pour cent par rapport aux chiffres de 1995. La Division a fait enquête sur 229 fusionnements, dont 66 ont fait l'objet d'une demande d'information supplémentaire. Au cours du dernier exercice financier, la Division a eu gain de cause dans 47 dossiers. Durant les deux dernières années, 97 fusionnements proposés ont été abandonnés ou restructurés en raison des inquiétudes de la Division antitrust au sujet des effets sur la concurrence.

---

[53]Richard G. Parker. *Global Merger Enforcement*. Allocution devant l'International Bar Association, Barcelone, Espagne. 28 septembre 1999.

Comme la FTC, la Division antitrust a à respecter des délais très serrés dans l'examen des dossiers, puisqu'elle aussi n'a que 30 jours pour décider s'il y a lieu de faire une demande d'information supplémentaire.

La notification préalable d'un fusionnement

L'Office de notification préalable des fusionnements (*Pre-Merger Office* – PO) de la Division antitrust est plus petit que le service correspondant de la FTC. Il reçoit et redistribue les dossiers à différents services du contentieux, et son personnel de soutien administratif n'accomplit pas l'examen initial des dossiers comme le font les avocats du PNO de la FTC. Toutes les notifications faites en application de la loi HSR sont soumises aux services du contentieux.

Le PO inscrit les renseignements dans un système de suivi et il se fonde sur le CTI pour déterminer le service du contentieux auquel le dossier doit être attribué. Les différents services ont chacun leur domaine de spécialisation, par exemple, l'électricité, les télécommunications, les industries réglementées, les transports ou l'informatique. Ce sont les avocats de ces services, ou parfois des techniciens juridiques d'expérience, qui effectuent l'examen initial.

La plupart des dossiers sont attribués au Service du contentieux II et tous sont soumis au coordonnateur des dossiers relevant de la loi HSR. Après un bref examen, cet avocat détermine s'il faut clore le dossier, ce qui se produit dans environ 60 pour cent des cas. Le coordonnateur informe ensuite le PO de la décision, par courrier électronique, et un membre du personnel inscrit alors les renseignements dans la base de données et prépare les documents requis. Le coordonnateur attribue les autres dossiers (40 pour cent) qu'il juge plus importants ou complexes aux avocats ou techniciens juridiques d'expérience du service. Dans la plupart des dossiers, la période d'examen est abrégée après un examen initial par un avocat.

L'examen

La Division antitrust possède un ensemble élaboré de modèles pour les diverses étapes du processus, depuis l'ouverture d'une enquête, en passant par la demande d'information supplémentaire, jusqu'à la clôture du dossier. Ces modèles,[54] qui sont tous transmis par voie électronique, permettent aux utilisateurs de remplir une série de cases en y inscrivant les renseignements qui seront nécessaires à l'établissement de rapports; ces renseignements comprennent les noms des parties et l'importance de la transaction proposée.

Lorsqu'il y a lieu de faire enquête sur une notification, une note de service demandant à la FTC l'autorisation de faire une enquête préliminaire (*preliminary investigation* – PI) est rédigée

---

[54]Le modèle servant à clore un dossier fournit les renseignements sur la valeur des échanges et sur la taille du marché, d'autres données quantitatives, le nombre de personnes interviewées et la réponse à la demande d'information supplémentaire. Ce modèle indique aussi la quantité d'information au dossier et s'il a été nécessaire de contraindre des tiers à témoigner. C'est au chef du service qu'il revient de décider d'accepter la recommandation de clôture d'un dossier (une ou deux pages), mais cette décision est habituellement prise par son adjoint. Cet adjoint est un avocat ayant de l'expérience en matière antitrust qui éclaircit les points non réglés et qui consulte le chef ou le chef adjoint pour tous le cas limites.

et approuvée par le chef du service, après quoi le directeur ouvre l'enquête. Dans la plupart des dossiers, la Division antitrust s'efforce d'obtenir l'autorisation en cinq jours tout au plus.

Le directeur de l'Office des opérations et de l'application de la loi régissant les fusionnements se réunit chaque semaine avec les chefs des services pour examiner tous les dossiers et les questions en suspens. Des rapports sur l'état d'avancement des travaux sont préparés en vue de ces réunions; ils fournissent des renseignements sur les parties, sur les demandes d'information supplémentaire et sur les dossiers en suspens. En prévision de ces réunions, un calendrier est aussi dressé pour indiquer toutes les transactions et l'échéance prévue des dossiers, par mois.

La demande d'information supplémentaire

Lorsqu'un avocat souhaite faire approuver une demande d'information supplémentaire, il prépare habituellement un document d'une quinzaine de pages, le cahier (*Notebook*), en fonction des lignes directrices pour l'examen des fusionnements. Le cahier décrit le marché de produits et les questions en cause de manière suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'entrer dans le vif du sujet à la réunion hebdomadaire. Ces réunions servent à mettre à l'épreuve les cadres qui sont appelés à expliquer à leurs collègues pourquoi ils font enquête dans un dossier que certains considèrent sans importance. Au cours de ces réunions, les avocats doivent être prêts à décrire les principes en jeu dans un dossier, ainsi que les faiblesses de l'argumentation, les opinions exprimées par les parties et les questions pour lesquelles ils ne sont pas préparés.

Lorsqu'une demande d'information supplémentaire est présentée, le DOJ doit se réunir avec les parties pour étudier les modifications dans un délai de cinq jours. Il existe aussi au DOJ une procédure d'appel devant permettre aux parties de limiter l'information supplémentaire demandée lorsque celle-ci leur paraît trop étendue. Le directeur approuve les demandes d'information supplémentaire, mais il ne rencontre habituellement pas les parties et ne participe pas aux négociations.

En vertu de la loi, le DOJ doit prendre une décision dans les 20 jours qui suivent la réponse à une demande d'information supplémentaire. Toutefois, les parties acceptent habituellement d'accorder plus de temps pour l'examen, si une date précise est fixée pour le règlement des questions qui restent.

De plus en plus souvent, les parties à d'importantes transactions retirent leur notification et la présente à nouveau plus tard pour donner au DOJ le temps de terminer l'examen. Par exemple, il peut être nécessaire pour les parties de fournir plus d'information pour que le DOJ puisse déterminer s'il y a lieu de mettre fin à l'examen ou de recommander le recours à une demande d'information supplémentaire. Il arrive aussi que l'organisme n'ait pas communiqué avec tous les tiers possibles et qu'il soit obligé de recommander le recours à une demande d'information supplémentaire si l'examen ne peut être terminé au cours de la période initiale de 30 jours.

Les ressources du DOJ

Le DOJ emploie de nombreux techniciens juridiques dont le nombre varie habituellement entre 30 et 40. Ces employés ont pour fonction d'examiner les documents, de fixer les rendez-vous pour les entrevues, de prendre des notes durant les entrevues et de faire la saisie de données et les recherches dans Internet. Ils préparent aussi des documents et des affidavits en vue du procès. Les techniciens juridiques supérieurs ont souvent pour tâche la gestion des dossiers qui seront soumis à un tribunal.

Le DOJ emploie aussi 50 économistes. Le Ministère a étudié la question du recours à des économistes internes et à des économistes de l'extérieur et il conclut qu'il est préférable d'avoir des économistes internes, qui peuvent travailler à des dossiers dès le début, et de faire appel à des économistes de l'extérieur pour témoigner.

À la Division antitrust, il existe un programme de formation sur l'examen des fusionnements, sous l'autorité du coordonnateur de la formation. La Division a aussi retenu les services de l'Institut national de perfectionnement (*National Institute of Development*) pour l'aider à mettre au point divers outils de formation sur des sujets tels que les éléments de base du procès et les compétences en matière de négociation. La formation est axée sur la pratique, par exemple, sur la manière de remplir une demande d'information supplémentaire et sur la manière de négocier. Les moyens de formation comprennent des séances de travail du midi, des séminaires et une vidéothèque. Les nouveaux employés sont souvent jumelés à des avocats principaux d'expérience, et ils ont la possibilité de travailler avec différents avocats pour tirer parti de leurs connaissances.

Le directeur encourage aussi la tenue d'une réunion d'analyse après la clôture d'un dossier, réunion au cours de laquelle il demande aux employés de répondre à deux questions fondamentales : nommez trois choses à ne plus faire et trois bonnes choses à faire de nouveau. Les réponses à ces questions permettent d'orienter l'analyse antitrust et servent à susciter des commentaires positifs et constructifs.

La coopération internationale

La Division antitrust reconnaît l'importance de la coopération internationale dans l'examen des fusionnements. Comme la Division l'a signalé dans son rapport annuel au Congrès(*Annual Report to Congress*), « [TRADUCTION] un nombre grandissant transactions de fusionnement ont des retentissements en matière de concurrence dans plus d'un pays de sorte qu'il n'est pas rare, aujourd'hui, pour plusieurs pays d'examiner un fusionnement. Nous travaillons en étroite collaboration avec les gouvernements de différents pays, dans l'examen de fusionnements, tant pour réduire le plus possible le fardeau des parties du secteur privé que pour accroître l'efficacité de l'analyse antitrust. À cette fin, le procureur général a établi le Comité consultatif sur la politique de concurrence internationale (*International Competition Police Advisory Committee* – ICPAC), qui a récemment publié son rapport d'examen des questions de

concurrence internationale énonçant ses recommandations[55]. » (Voir le chapitre 9 - Examen des fusionnements dans un contexte international - pour plus de renseignements sur l'ICPAC.)

Il est clair que le Ministère accorde une importance considérable à la coopération internationale efficace et qu'il considère essentielles les bonnes relations et la capacité pour les organismes d'analyser les questions d'un intérêt commun. Un des avantages évidents de cette coopération est la capacité de travailler ensemble pour définir les questions importantes et pour trouver des solutions coordonnées. Par exemple, pour le personnel du DOJ, l'acceptation accrue de la renonciation à la confidentialité, et le recours grandissant à cette dernière, sont une importante amélioration qui permet un examen efficace des dossiers touchant plusieurs pays.

La Division antitrust a connu du succès dans la coopération avec d'autres organismes, comme la Commission européenne, dans l'affaire *MCI WorldCom*. « Dans ce dossier sur le fusionnement de deux sociétés américaines de télécommunications, MCI a dû se défaire d'éléments d'actif d'une valeur de 1,75 milliard de dollars américains dans les communications Internet, ce qui représente le plus important dessaisissement de l'histoire des fusionnements aux États-Unis. Dans cette affaire, les parties ont renoncé par écrit à la confidentialité de l'information, ce qui a permis au personnel des deux organismes d'examen de travailler en étroite collaboration dans leur propre analyse de la transaction[56]. »

Des remarques d'avocats du secteur privé

Certains avocats ont affirmé qu'ils n'ont pas l'habitude de communiquer avec les organismes lors d'une notification, ou avant. À leur avis, cela pourrait amener les organismes à penser que le dossier renferme des aspects à examiner de plus près. Lorsqu'un avocat estime qu'un dossier est relativement simple, il ne communique pas avec les organismes. Cependant, comme il est important pour les organismes de réduire le plus rapidement possible les questions à examiner, certains avocats sont heureux de pouvoir discuter d'un dossier avant la notification, afin de limiter l'étendue de l'information à fournir. Selon certains, le formulaire de notification ne permet pas de fournir suffisamment d'information pour que les organismes puissent évaluer convenablement de la transaction de fusionnement, même si les parties ajoutent habituellement plus d'information que ne le prévoit le formulaire. Pour d'autres, un processus de deux étapes a l'avantage de permettre aux organismes d'éliminer rapidement les dossiers qu'il n'est pas nécessaire d'examiner à fond.

Certains avocats sont d'avis que l'Office de notification préalable des fusionnements (PNO) est ce qui fait la force de la FTC; cet office est considéré comme l'un des organismes publics américains les plus rapides. Il est d'une importance critique pour le PNO de continuer de travailler rapidement et de manière cohérente. Cependant, l'obligation de fournir un service rapide pour éviter de retarder une transaction présente un danger. Si tous les employés d'une unité de notification ne connaissent pas à fond l'enjeu et n'ont pas accès à des renseignements précis et cohérents, il se peut qu'ils fournissent de l'information erronée ou imprécise. Il importe pour les

---

[55] Antitrust Division. *Department of Justice, Fiscal Year 1999*. 20 mars 1999.

[56] Ibid.

organismes de saisir la totalité des conseils et des interprétations dans une base de données informatique et de rendre ces renseignements accessibles à tout le personnel des services de notification préalable.

Au Canada

Les avocats interviewés qui sont familiers avec le processus d'examen des fusionnements au Canada étaient d'avis qu'il fonctionne bien, et ils ont signalé l'excellente réputation du Bureau de la concurrence sur le plan de la transparence et de l'étendue des connaissances spécialisées.

Lorsqu'ils ont été questionnés au sujet du processus des notifications, certains ont affirmé que le fait pour des parties d'utiliser le formulaire détaillé pourrait, de l'avis des avocats, donner à penser au Bureau que la transaction proposée présente des aspects à examiner plus à fond. Certains avocats croient qu'il ne devrait exister qu'un seul formulaire et qu'il devrait être possible pour les parties de fournir ultérieurement de l'information supplémentaire, si celle-ci leur est demandée.

Certains estiment aussi que les demandes de renseignements en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* semblent favoriser une meilleure discipline au Bureau. Ils signalent un autre avantage, à savoir la possibilité de faire participer des cadres supérieurs du Bureau au processus. Tous les avocats interviewés ont convenu qu'il serait bon d'établir un lien entre les demandes de renseignements en vertu de l'article 11 et la délimitation des aspects à examiner, et ils ont recommandé que le Bureau offre la possibilité de discuter des renseignements demandés en vertu de l'article 11 et des moyens de répondre à ces demandes. Un aspect positif signalé par les avocats à cet égard est le fait que l'information produite pour les organismes américains soit généralement acceptée par les autorités canadiennes correspondantes.

Les normes de service adoptées par le Bureau de la concurrence sont considérées comme un facteur positif, mais certains avocats sont préoccupés par la « complexité » du classement des affaires et, à leur avis, il y aurait lieu de repenser et de redéfinir les catégories.

Certains ont rappelé les conclusions de l'ICPAC et ils ont insisté sur l'importance de définir rapidement les aspects à examiner ainsi que d'établir rapidement et d'entretenir un dialogue entre deux ou plusieurs organismes pour coordonner l'examen des aspects.

Certains avocats ont insisté sur l'importance du renoncement à la confidentialité pour faciliter le partage de renseignements confidentiels entre les organismes, ce qui est considéré comme avantageux aussi bien pour les parties que pour les organismes, dans la mesure où ces derniers donnent par ailleurs l'assurance de protéger la confidentialité des renseignements.

Il a aussi été recommandé que le Bureau publie plus de communiqués de presse sur les dossiers importants n'ayant pas donné lieu à une contestation. La Commission australienne de la concurrence et de la consommation (*Australian Competition and Consumer Commission*) a été l'exemple donné à ce sujet.

Annexe A : Personnes interviewées

Federal Trade Commission (Commission fédérale du commerce)

Nom et titre	Adresse	Tél./téléc./c. électr.
Marian R. Bruno Assistant Director [directrice adjointe] Pre-merger Notification Office Bureau of Competition Federal Trade Commission	600 Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2846 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : mbruno@ftc.gov
Randolph W. Tritell Assistant Director [directeur adjoint] International Antitrust Federal Trade Commission	600 Pennsylvania Ave. N.W. Room H-382 Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-3051 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : rtritell@ftc.gov
Kathy S. French Investigator [enquêteuse] Federal Trade Commission	600 Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. :(202) 326-2703 Téléc. : (202) 326-2012 C. électr. : kfrench@ftc.gov
Claudia R. Higgins Assistant Director [directrice adjointe] Bureau of Competition Federal Trade Commission	6th and Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2810 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : chiggins@ftc.gov
Michael R. Moiseyev Attorney [avocat] Federal Trade Commission	601 Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-3106 Téléc. : (202) 326-2655 C. électr. : mmoiseyev@ftc.gov
Geoffrey D. Oliver Assistant to the Director [adjoint du directeur] Bureau of Competition Federal Trade Commission	600 Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2275 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : goliver@ftc.gov
John J. Parisi Counsel for European Community Affairs Bureau of Competition Federal Trade Commission	6th and Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2133 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : jparisi@ftc.gov
Christina Perez Attorney [avocate] Federal Trade Commission	6th and Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2048 Téléc. : (202) 326-2655 C. électr. : cperez@ftc.gov
Gregory Vistnes Deputy Director for Antitrust [sous-directeur] Bureau of Economics Federal Trade Commission	6th and Pennsylvania Ave. N.W. Washington (D.C.) 20580	Tél. : (202) 326-2937 Téléc. : (202) 326-2884 C. électr. : gvistnes@ftc.gov

U.S. Department of Justice (ministère de la Justice des États-Unis)

Nom et titre	Adresse	Tél./téléc./c. électr.
Constance K. Robinson Director of Operations and Merger Enforcement [directrice] Antitrust Division Department of Justice	950 Pennsylvania Ave. N.W. Room 3117 Washington (D.C.) 20530	Tél. : (202) 514-3544 Téléc. : (202) 514-1629
J. Robert Kramer II Chief [chef], Litigation II Section Antitrust Division Department of Justice	1401 H. Street N.W. Suite 3000 Washington (D.C.) 20530	Tél. : (202) 307-0924 Téléc. : (202) 307-6283

American Bar Association (Association du barreau des États-Unis)

Nom et titre	Adresse	Tél./téléc./c. électr.
Ronald A. Bloch Counsel [avocat] McDermott, Will & Emery	600–13th Street N.W. Washington, D.C 20005-3096	Tél. : (202) 756-8012 Téléc. : (202) 756-8087 C. électr. : rbloch@mwe.com
Terry Calvani Pillsbury Madison & Sutro LLP	1100 New York Avenue N.W. Ninth Floor, East Tower Washington (D.C.) 20005-3918	Tél. : (202) 861-3053 Téléc. : (202) 822-0944 C. électr. : tcalvani@pillsburywithrop.com
Rebecca S. Prince Practice Support Specialist [technicienne juridique] McDermott, Will & Emery	600–13th Street N.W. Washington (D.C.) 20005-3096	Tél. : (202) 756-8194 Téléc. : (202) 756-8087 C. électr. : rprince@mwe.com
Christine C. Wilson Attorney at Law [avocate] Collier, Shannon, Rill & Scott, PLLC	3050 K Street N.W. Washington (D.C.) 20007	Tél. : (202) 342-8569 Téléc. : (202) 342-8451 C. électr. : cwilson@colshan.com
Joseph F. Winterscheid Jones, Day, Reavis & Pogue	51 Louisiana Ave. N.W. Washington (D.C.) 20001-2113	Tél. : (202) 879-3939 Téléc. : (202) 626-1700 C. électr. : jwinters@jonesday.com

Annexe B

À la fin de chaque exercice financier, la FTC et la Division antitrust du DOJ présentent, ensemble, un rapport annuel au Congrès (*Annual Report to Congress*), dans lequel figurent des renseignements statistiques très variés portant sur les dossiers importants. Un exemple de ces renseignements est présenté ci-dessous. Le rapport complet est accessible dans les sites Web (http://www.ftc.gov/) et (http://www.usdoj.gov/).

Transactions par exercice financier

	1996	**1997**	**1998**
Transactions signalées	3087	3702	4728
Enquêtes avec demandes d'information supplémentaire	99	122	125
FTC	36	45	46
DOJ	63	77	79
Dossiers avec abrégement	2861	3363	4323

En outre, la FTC et le DOJ font un suivi des activités dont il font rapport :

- acquisitions, selon la valeur de la transaction;
- transactions supposant une autorisation par l'organisme, selon la valeur (en millions de dollars américains);
- enquêtes donnant lieu à une demande d'information supplémentaire (par organisme et selon la valeur de la transaction);
- acquisitions, selon les seuils;
- acquisitions, selon la valeur des éléments d'actif des parties à la transaction;
- acquisitions, selon le chiffre d'affaires des parties à la transaction;
- acquisitions, selon la valeur des éléments d'actif des entités acquises;
- acquisitions, selon le chiffre d'affaires des entités acquises;
- numéro de groupe (CTI) de l'acquéreur[57].

La FTC et le DOJ soumettent également des rapports de rendement distincts, conformément à la loi dite *Government Performance Results Act*. Voici un exemple de renseignements tirés du rapport de 1999 de la FTC.

---

[57] Les codes de la CTI à deux chiffres s'inscrivent dans le système de la Classification type des industries défini dans le manuel de classification du gouvernement des États-Unis (*United States Government Classification Manual*), 1987. Exemples : 07 – Services agricoles; 13 – Pétrole brut et gaz naturel.

Nombre moyen de jours d'examen de transactions signalées conformément à la loi HSR :

Objectif	20
Nombre réel	19

Durée moyenne, en mois, de l'ordonnance par consentement proposée au dessaisissement :

Objectif	9
Nombre réel	4

Examen des fusionnements en Australie

Chapitre 6

Introduction

En Australie, les fusionnements peuvent être examinés en vertu de la *Trade Practices Act 1974* (TPA). La Commission de la concurrence et de la consommation de l'Australie (Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) est un organisme indépendant mandaté par la loi pour administrer la TPA et veiller à l'application de la loi.

En plus des examens de l'ACCC, les fusionnements peuvent faire l'objet de recours privés en vertu de la TPA, mais uniquement pour demander des dommages-intérêts, une déclaration ou un dessaisissement. Les fusionnements impliquant des investisseurs étrangers sont également assujettis aux dispositions du *Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975*, qui est administré par le Conseil d'examen des investissements étrangers (Foreign Investment Review Board).

Les fusionnements sont soumis à examen juridique uniquement :

- lorsque les parties risquent d'effectuer des acquisitions malgré l'opposition de l'ACCC et que l'ACCC a introduit en Cour fédérale une demande d'injonction à leur encontre;
- lorsque l'ACCC a rejeté une demande d'autorisation formelle. Le Tribunal de la concurrence de l'Australie (Australian Competition Tribunal – ACT) peut examiner la décision, menant alors une nouvelle audition sur le fond. La décision du Tribunal peut faire l'objet d'un appel auprès de la Cour fédérale, mais uniquement sur des questions de droit.

Dispositions législatives

Les fusionnements sont régis par l'article 50 de la TPA, qui interdit l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actif lorsqu'une telle acquisition aurait ou serait susceptible d'avoir pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché. Aux fins de l'analyse d'un fusionnement, les marchés géographiques et de produits pertinents sont définis d'une manière cohérente au paragdime d'un monopole hypothétique utilisé par le Bureau. Toutefois, selon l'article 50 de la TPA, l'article 50(6) stipule que le marché est défini comme étant [TRADUCTION] « un marché important de biens ou de services en Australie, dans un État ou dans un territoire ». Ceci empêche la saisi de transactions *de minimus* par la législation. La loi précise que pour déterminer si une acquisition réduira ou est susceptible de réduire sensiblement la concurrence, les questions suivantes doivent être prises en considération :

- le niveau actuel et potentiel de concurrence étrangère sur le marché;
- l'importance des obstacles à l'entrée sur le marché;
- le degré de concentration du marché;
- le degré de pouvoir compensateur du marché;
- la probabilité que l'acquisition permette à l'acquéreur d'augmenter ses prix ou ses marges bénéficiaires de façon importante et durable;
- la mesure dans laquelle des substituts existent sur le marché ou sont susceptibles d'y être offerts;

- la dynamique du marché, y compris la croissance, l'innovation et la différenciation des produits;
- la probabilité que l'acquisition entraînerait l'élimination d'un concurrent vigoureux et efficace du marché;
- les caractéristiques et le degré de l'intégration verticale sur le marché.

Toutes les acquisitions d'actions peuvent être analysées en vertu des dispositions sur les fusionnements, qu'elles entraînent ou non la prise de contrôle de l'entreprise visée.

Les parties à un fusionnement projeté ne sont pas formellement tenues d'aviser l'ACCC, mais une disposition leur permet de demander l'autorisation de la transaction.

Autorisation

La TPA prévoit un processus selon lequel un fusionnement peut être permis en dépit du critère de la réduction sensible de la concurrence, lorsque le résultat net serait dans l'intérêt du public. C'est le processus de l'autorisation, un processus formel exigeant que l'on introduise une demande auprès de la Commission. La Commission entière doit alors examiner le dossier et peut prendre en considération divers éléments compensatoires, comme l'efficacité économique, la compétitivité internationale ou l'augmentation des exportations. Ces facteurs sont appréciés au cas par cas.

Structure

L'ACCC est un organisme créé par la loi aux fins de l'administration et de l'application de la TPA. La Commission relève du ministère du Trésor. Bien que la Commission soit investie de responsabilités étendues en vertu de la TPA et d'autres lois, le présent chapitre s'en tient à son rôle dans l'examen des fusionnements.

L'ACCC est composée d'un président, d'un vice-président, de commissaires à temps complet et de commissaires associés à mi-temps. Elle dispose de personnel pour l'aider à exécuter son rôle, y compris un chef de la direction et un directeur général responsable des fusionnements et des ventes d'éléments d'actif. De 20 à 23 employés se consacrent actuellement à l'examen des fusionnements. Ils représentent 5 à 6 pour cent de l'effectif total de la Commission.

Processus

Les fusionnements sont habituellement signalés à la Commission avant qu'ils ne soient conclus, par des moyens informels ou lors d'une demande d'autorisation.

Dans son approche de l'application de la loi en matière de fusionnements, l'ACCC incite les parties à communiquer avec elle dès qu'il y a une réelle probabilité qu'un fusionnement projeté se réalise. Les parties peuvent le faire à titre confidentiel, à moins que la transaction ne soit connue du public. L'ACCC juge que cette approche volontaire en matière d'avis de fusionnement est satisfaisante, signalant qu'il est rarement arrivé qu'elle ne soit pas informée

d'une transaction problématique. Les milieux commerciaux et juridiques estiment sans doute qu'il est raisonnable d'observer cette approche volontaire du moins en partie en raison des sanctions pécuniaires que peuvent encourir les parties – y compris leurs administrateurs, avocats, banques et autres conseillers – si un fusionnement se réalise sans préavis et que l'ACCC juge qu'il y a eu violation de la TPA.

Lorsqu'une affaire est examinée à titre confidentiel, l'ACCC ne donnera aux parties aucune opinion définitive jusqu'à ce qu'elle ait la possibilité d'obtenir des renseignements et des avis d'autres parties, comme les participants de l'industrie, les autorités gouvernementales concernées et, le cas échéant, d'autres instances antitrust. Dans le cas d'une affaire confidentielle, la réponse donnée indiquera selon le cas :

- que l'acquisition est considérée comme un cas de réduction sensible de la concurrence;
- que l'acquisition soulève certaines questions mais qu'il n'y sera pas fait opposition avant qu'une enquête ne soit menée sur le marché;
- qu'en l'absence d'enquête sur le marché, l'ACCC n'entend pas exprimer d'opinion, mais n'a pas dans l'immédiat l'intention de s'opposer à l'acquisition.

Les parties projetant un fusionnement sont incitées à produire des observations écrites et des documents de référence décrivant le projet et donnant une analyse des effets du fusionnement sur la concurrence. Lorsqu'il semble probable qu'il y a violation de la TPA, l'ACCC demandera aux parties des documents internes pertinents. Si ces documents ne sont pas produits volontairement, l'ACCC est disposée à recourir aux pouvoirs que lui donne l'article 155 de la TPA.

Le processus d'examen lui-même et les facteurs qui sont pris en considération par l'ACCC dans l'examen d'un fusionnement sont sensiblement les mêmes qu'au Canada, quoiqu'il y ait d'importantes différences dans les processus internes. Celles-ci découlent principalement de différences structurelles, en particulier le fait que la Commission intègre à la fois les fonctions d'enquête et d'arbitrage.

Dans les affaires où les parties souhaitent préserver la confidentialité, la Commission donnera habituellement son avis informel dans un délai de deux à trois semaines. Lorsqu'il s'avère indiqué de consulter des intervenants sur le marché, l'ACCC tente d'adhérer aux normes de service suivantes :

- dans les affaires qui demeurent en deçà des seuils pertinents aux fusionnements, les parties sont informées dans un délai de 10 à 15 jours que l'ACCC n'entend prendre aucune mesure dans l'immédiat;
- dans les affaires qui semblent outrepasser les seuils, l'ACCC demandera habituellement environ un mois pour faire enquête sur le marché et analyser l'affaire;
- dans les rares cas majeurs qui soulèvent de grandes questions et qui sont susceptibles d'entraîner des mesures d'application de la loi de la part de l'ACCC, il peut falloir de six à huit semaines pour analyser la question.

(Il faut souligner que ces normes s'appliquent à partir du moment où les parties ont fourni à l'ACCC toute l'information nécessaire à l'examen du fusionnement projeté.)

Environ 65 pour cent des affaires de fusionnement entrent dans la première catégorie. Il s'agit de fusionnements non complexes qui n'exigent pas d'analyses approfondies ou de longues enquêtes auprès d'intervenants sur le marché pour en arriver à la conclusion qu'ils ne soulèvent guère de problèmes importants. Les cas de deuxième ou troisième catégorie exigent une analyse méticuleuse à la lumière des lignes directrices sur le fusionnement. Ils doivent tous être examinés par la Commission (jusqu'en 1996, par la Commission entière), soit d'emblée, soit après un examen initial mené par le Comité d'examen des fusionnements. Il peut survenir des retards si les parties produisent des renseignements incomplets ou s'il faut obtenir des renseignements à l'étranger.

En 1996, l'ACCC a simplifié son processus d'examen des fusionnements. Seuls les cas les plus complexes sont maintenant examinés par la Commission entière. La plupart des affaires sont examinées par le Comité d'examen des fusionnements, qui est composé du président et des commissaires qui y sont nommés et qui fait rapport à l'ACCC. Le Comité se réunit une fois la semaine pour traiter des projets de fusionnement. Les affaires qui soulèvent des problèmes sont renvoyées à la Commission entière pour plus ample considération.

Mesures correctives

Si l'ACCC en arrive à la conclusion qu'un fusionnement proposé aurait ou serait susceptible d'avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence, les parties en seront informées. Elles ont alors les options suivantes :

- renoncer à leur projet;
- modifier leur projet pour atténuer les conséquences pour la concurrence, soit de façon informelle ou au moyen d'engagements exécutoires;
- demander une autorisation où l'ACCC détermine que nonobstant la réduction sensible de la concurrence, le fusionnement peut être réalisé parce qu'il produirait un résultat net dans l'intérêt du public;
- tenter de réaliser la transaction à leurs propres risques;
- demander une déclaration affirmant que le projet ne contrevient pas à la TPA.

Dans les cas où elle en arrive à la conclusion qu'un fusionnement proposé aurait ou serait susceptible d'avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence, l'ACCC peut de son côté choisir parmi les mesures suivantes :

- demander à la Cour fédérale une injonction provisoire ou permanente interdisant le fusionnement;
- tenter d'obtenir des parties un engagement informel ou un engagement en vertu de l'article 87B de la TPA de ne pas réaliser le fusionnement;
- tenter d'obtenir en vertu de l'article 87B des engagements qui résoudront les problèmes de concurrence.

Habituellement, l'ACCC juge qu'il est inapproprié de permettre la réalisation d'un fusionnement qui soulève des questions à ses yeux et de chercher des mesures correctives après le fusionnement.

L'option des engagements exécutables est un aspect intéressant du régime australien de politique de la concurrence. L'article 87B de la TPA permet à l'ACCC d'accepter dans le cadre de ses pouvoirs des engagements écrits qui pourront être exécutés en Cour fédérale. Une fois que des engagements sont pris, les parties peuvent les modifier ou les retirer uniquement avec le consentement de l'ACCC.

La Commission considère que les engagements font partie intégrante du système d'application de la loi. L'ACCC n'a pas le pouvoir d'exiger des engagements. Elle peut seulement les proposer à titre d'option et il revient aux parties de les présenter. Les engagements peuvent être acceptés uniquement par l'ACCC lui-même, et non par le personnel de la Commission. Ils doivent prévoir des mesures tangibles et résoudre les problèmes en cause. Ils ne seront pas acceptés s'ils contiennent des dispositions niant une responsabilité, affirmant qu'ils ne constituent pas un aveu à l'égard des problèmes en cause ou défendant les agissements à la source des problèmes, ou s'ils imposent des obligations à l'ACCC.

Les engagements doivent comporter notamment les éléments suivants :

- une brève description des parties et des problèmes en cause;
- l'engagement (c'est-à-dire les mesures que les parties s'engagent à prendre);
- la reconnaissance que les engagements seront rendus publics.

À l'égard des fusionnements, les engagements servent :

- à assurer qu'une acquisition ne sera pas achevée avant que la Commission n'ait eu la possibilité de faire enquête sur le marché;
- à résoudre les problèmes lorsque l'acquisition projetée est susceptible, selon la Commission, de contrevenir à la TPA.

La Commission privilégie les solutions structurelles aux problèmes des fusionnements; elle est réticente à l'égard des engagements visant uniquement les agissements. Dans presque tous les cas, l'ACCC tient à consulter les participants du marché avant d'accepter des engagements substantiels à l'égard d'un fusionnement proposé. Après que des engagements sont acceptés, la Commission exige que leur mise en œuvre et leur efficacité soient contrôlées.

Registre public

L'ACCC tient un registre public de tous les fusionnements qu'il examine. Ce registre contient notamment une brève description du fusionnement proposé, des produits concernés et des motifs de la décision de la Commission. Les autorisations accordées à des fusionnements figurent également dans un registre public.

Entrevues avec des avocats du secteur privé

Chapitre 7

De février à mai 2000, des cadres supérieurs du Bureau de la concurrence ont rencontré à Toronto et Montréal environ 45 avocats qui traitent régulièrement avec la Direction des fusionnements. Les avocats qui ont été invités à participer à cet exercice ont reçu une liste de sujets de discussion possibles mais étaient encouragés à soulever toute autre question s'ils le souhaitaient. Les noms de ceux qui ont été interviewés figurent en annexe A.

La plupart des invités sont venus aux entrevues accompagnés d'associés et d'autres avocats de leur cabinet, de sorte que les entrevues ont eu lieu avec des groupes de deux à neuf personnes. Parmi celles-ci figuraient des avocats qui ont représenté le Bureau à titre de mandataires de la Couronne, d'anciens directeurs ou agents ainsi que ceux qui ont traité avec le Bureau d'une perspective purement externe. Lorsque des personnes particulières ne pouvaient pas participer à l'entrevue, leurs collègues recueillaient leurs commentaires à l'avance.

Ces entrevues visaient à jauger la satisfaction et les perceptions découlant des interactions avec la Direction. Les questions n'étaient pas axées sur les faits. Par exemple, les avocats n'avaient pas à indiquer dans combien de cas le Bureau avait respecté ou non les normes de service. Ils avaient plutôt à répondre à des questions ouvertes et ils pouvaient soulever toutes les questions qu'ils souhaitaient à l'égard de l'examen des fusionnements. Les avocats n'ont de fait pas limité leurs commentaires à leurs expériences avec la Direction. Ils ont pris le temps de formuler des suggestions pour résoudre des problèmes perçus.

Aperçu général

Les avocats ont exprimé une grande frustration à l'égard du processus d'examen, soutenant en particulier que des problèmes sont apparus ou sont en train d'apparaître, qui menacent la réputation que la Direction et le Bureau ont à juste titre acquise depuis 1987.

Cela étant, tous les avocats interviewés ont exprimé leur appréciation du travail de la Direction des fusionnements et le professionnalisme de son personnel. Ils jugeaient en général que le personnel tenait compte des dates de clôture des transactions et qu'il essayait de terminer ses analyses et de donner des réponses en temps opportun. Les avocats ont loué le dévouement et la compétence du personnel du Bureau et sa volonté de traiter les cas de façon aussi diligente que possible.

Plusieurs ont reconnu que le Bureau avait subi d'énormes pressions en raison de l'augmentation du nombre de cas et de la complexité des transactions. Ils ont souligné qu'il y avait davantage de transactions touchant plus d'une juridiction que par le passé et que cette tendance devrait se poursuivre. Ils ont également reconnu que des facteurs tels que la technologie, la déréglementation, la mondialisation des marchés et la concentration de plus en plus grande dans certains secteurs posaient des défis inédits au Bureau. Ils ont exprimé une préoccupation à l'effet que cette combinaison de facteurs surtaxe les gestionnaires, que le personnel semblait souffrir de stress et que des problèmes étaient apparus ou étaient en train d'apparaître.

La plupart des personnes interviewées ont jugé que l'analyse comparative arrivait à point nommé étant donné l'effet combiné pour le processus d'examen des fusionnements de l'augmentation constante du nombre de fusionnements, de la complexité dans les secteurs des

banques, du transport aérien, des épiceries et de l'énergie, des normes de service et de la demande de nouvelles dispositions réglementaires prises en vertu de la Loi. Plusieurs ont félicité le commissaire de ce processus transparent, opportun et important. Ils percevaient cette initiative comme une occasion de permettre à la Direction des fusionnements de résoudre rapidement certaines questions importantes dans le processus d'examen afin d'améliorer rapidement l'efficience, l'efficacité et le bien-être en général de la Direction.

Un grand nombre de personnes interviewées traitent avec la Direction depuis longtemps. Par conséquent, plusieurs ont ajouté une perspective contextuelle à leurs commentaires, en comparant les pratiques historiques (avant 1998) aux plus récentes approches (1998 - 2000). Du reste, plusieurs ont dit juger que leurs préoccupations reflétaient un comportement qui semblait avoir découlé du nouveau régime des normes de service; d'autres ont jugé que l'augmentation sans précédent et la complexité des dossiers étaient un poids écrasant pour la Direction.

Presque sans exceptions, les avocats ont loué le Bureau pour son site Web amélioré et son service de courriel. Ils ont jugé que les documents d'information, les lignes directrices concernant les fusionnements et les messages envoyés promptement par courriel au sujet des communiqués étaient très opportuns et informatifs. Ces initiatives ont été citées à titre d'exemples démontrant la valeur d'une information opportune et à titre de premiers pas en vue de rendre le Bureau et son travail plus transparents.

Ce chapitre regroupe les commentaires reçus sous diverses grandes rubriques correspondant aux aspects essentiels d'un processus efficace d'examen des fusionnements. Il renferme également des résumés des commentaires que les avocats ont formulés durant les entrevues, des citations anonymes ainsi que des exemples et des recommandations qui ont été présentées par les personnes interviewées. Les points examinés dans ce chapitre contiennent les sujets qui ont obtenu un grand consensus parmi les personnes interviewées.

L'Unité du préavis et le processus

L'Unité du préavis (UPA) et son personnel ont reçu de vifs éloges pour leur dévouement, leur professionnalisme et les services qu'ils rendent. On a dit du personnel qu'il faisait souvent preuve d'un zèle louable. Les commentaires de tous les intervenants sans exception étaient très positifs à l'endroit de l'UPA.

Parmi les aspects jugés essentiels au succès de l'UPA figuraient le professionnalisme, les connaissances, l'expérience, l'aptitude à réagir promptement, les réponses rapides (appels et accusés de réception), la constance dans l'approche et les conseils touchant des questions précises, la confiance et la stabilité du personnel. Ces facteurs permettaient aux avocats de conseiller leurs clients de façon cohérente et fiable.

Toutes les personnes interviewées percevaient l'UPA comme une des fonctions les plus importantes de la Direction des fusionnements. Ils ont soutenu qu'il était essentiel que cette unité soit efficace étant donné le grand nombre de cas et l'urgence que suppose en général l'examen des fusionnements et les répercussions économiques des délais.

Les avocats ont toutefois soulevé une préoccupation : que les dossiers étaient retenus à l'UPA plutôt que d'être affectés à un agent lorsqu'il manquait certains renseignements demandés. Le début de l'examen s'en trouvait alors retardé de plusieurs jours. En outre, jusqu'à ce que le dossier soit complet, les avocats ne connaissaient pas le nom de l'agent à qui ils pouvaient s'adresser pour discuter de la nature et de la production des renseignements requis au-delà de ce qu'exigeait la loi. Les avocats interviewés ont suggéré que l'examen pourrait éventuellement débuter sur réception du dossier tout en admettant que les délais relatifs aux normes de service ne débuteraient qu'une fois tous les renseignements fournis. Une telle approche permettrait aux entreprises de commencer à réunir les renseignements supplémentaires tout en répondant aux exigences du préavis. Ceci pourrait avoir un grand effet sur les délais de l'examen, par exemple lorsque des documents pouvaient se trouver à l'étranger et qu'il pouvait falloir des jours pour les trouver et les livrer.

Il y a eu des cas où des examens internes ont été entamés dans d'autres pays mais pas au Canada parce que le dossier était considéré incomplet. Ce genre de situation était difficile à expliquer aux clients qui étaient constamment renseignés sur l'évolution du dossier auprès des autres instances pertinentes.

Depuis que ces commentaires ont été formulés, l'UPA a adopté un processus suivant lequel les dossiers sont transmis promptement et attribués à des agents qui peuvent débuter leur examen avant même que le dossier ne soit complet. L'UPA suit ces dossiers et veille à ce que tous les documents pertinents soient obtenus et transmis à l'agent concerné.

On a également suggéré que plus d'un avocat du ministère de la Justice du Canada pourrait être affecté à l'UPA. Même si on a loué la compétence et le dévouement de l'avocat actuel, les avocats se préoccupaient du fait qu'il n'y avait pas formellement d'avocat suppléant pour conseiller l'Unité en l'absence de l'avocat actuel. Il y avait également une préoccupation à l'effet qu'un avocat pouvait ne pas suffire face à la charge de travail découlant du règlement modifié.

La Direction des fusionnements et la Section du droit de la concurrence de Justice Canada ont récemment nommé un avocat suppléant pour l'UPA.

Plusieurs ont suggéré qu'il faudrait développer les moyens de l'UPA en augmentant le personnel et en créant un poste de gestionnaire ou d'agent principal. Le titulaire de ce poste superviserait le travail de l'Unité et ferait partie de l'équipe de gestion de la Direction des fusionnements, pour que les questions soulevées à l'ouverture des dossiers reçoivent toute l'attention qu'elles méritent et qu'elles soient traitées de façon cohérente. Les avocats ont affirmé que ce cadre devrait avoir de l'expérience, être capable de prendre des décisions et jouir du respect des autres intervenants. Ces commentaires reflétaient des préoccupations quant aux conséquences importantes des délais au début du processus d'examen des fusionnements. Cette question est examinée plus loin, dans la section « Diligence et première sélection ».

Le 30 octobre 2000, la Direction des fusionnements a créé l'Unité des avis de fusionnement (UAF), qui est dirigé par un agent principal, regroupe plusieurs agents et qui est

chargée de la réception des avis, des demandes de certificats de décision préalable (CDP), de l'évaluation de la complexité et de l'examen de la majorité des dossiers non complexes.

On a aussi suggéré que la Direction, et en particulier l'UAF, ait davantage recours à la technologie pour améliorer l'efficacité. Par exemple, plusieurs des personnes interviewées ont suggéré que le Bureau crée une base de données électronique renfermant l'ensemble des conseils, lignes directrices et décisions qu'il communique aux avocats. Afin que le personnel puisse toujours donner la même information à toutes les parties et à leurs avocats lorsque de nouvelles questions étaient soulevées et résolues, l'information devrait être communiquée rapidement à tout le personnel. Ce serait d'une importance particulière pour l'UAF qui donne aussi maintenant des interprétations des nouveaux règlements et formulaires. Les avocats ont aussi suggéré qu'il serait très utile à la Direction que cette information soit publiée sous forme générique dans le site Web du Bureau et que cela permettrait à la Direction de gagner du temps.

Tous étaient d'accord pour dire que d'augmenter les ressources disponibles au début du processus d'examen des fusionnements et de recourir davantage à la technologie permettrait, à long terme, au Bureau et aux parties à un fusionnement de réaliser des économies.

Diligence et première sélection

Il est évident qu'un aspect extrêmement important du processus d'examen des fusionnements consiste à repérer aussi rapidement que possible les dossiers dans lesquels le Bureau ne voit pas de problèmes ou ne voit que des problèmes mineurs. La diligence avec laquelle le personnel évalue ces dossiers est importante. Les avocats s'attendent à ce que le Bureau soit en mesure de donner dans ces dossiers une réponse dans un délai de 14 jours. En repérant rapidement ces dossiers, le Bureau pourrait plus rapidement orienter ses ressources sur les dossiers qui soulèvent des questions importantes. La question de la diligence est une des plus importantes pour les intervenants. À leur avis, l'amélioration de la diligence au début du processus améliorerait les délais de traitement de tous les dossiers, quelle que soit leur complexité.

Un point constamment soulevé par les personnes interviewées était qu'après être passé par l'UAF, un dossier devrait rapidement être examiné par un agent chevronné, puis immédiatement transmis pour qu'il puisse être traité et classé s'il ne s'agissait pas d'un cas complexe. Un commentaire qui est revenu souvent était qu'un agent chevronné pouvait déterminer en 10 minutes quelles étaient les questions soulevées par un nouveau dossier.

On a suggéré que les cas relativement simples (c'est-à-dire les cas non complexes et ceux qui sont au bas de l'échelle de complexité) pourraient être traités par des agents moins chevronnés et des étudiants sous la supervision d'un agent principal.

La formation et l'expérience du personnel sont également importants au début du processus. Les avocats ont constaté qu'il semblait y avoir au cours de la période 1998-2000 davantage de cas où les agents manquaient d'expérience, de formation, d'encadrement, de confiance et d'accès aux conseils des agents principaux. On ressentait par conséquent que ces agents suivaient une sorte de liste de contrôle et tentaient d'obtenir toute l'information qui

pourrait être requise avant de terminer leur évaluation. Les avocats supposaient que ces agents étaient tenus de démontrer qu'ils avaient suivi un processus défini. Les avocats ont souvent mentionné des situations où on leur demandait des renseignements sur des dossiers que des agents chevronnés auraient à leur avis reconnu comme n'étant pas problématiques.

Plusieurs avocats ont souligné le fait que les agents responsables des dossiers étaient, dans certains cas par le passé, des étudiants d'été ou des employés temporaires. Les parties et leurs avocats trouvaient cela déconcertant puisqu'ils s'attendaient à traiter avec des agents d'expérience qui suivraient le dossier jusqu'à sa conclusion.

On a mentionné que dans les cabinets d'avocats, les avocats d'expérience effectuaient une forme de « sélection » et confiaient uniquement des affaires simples aux nouveaux avocats. Au début, ces nouveaux avocats ne traitent pas directement et indépendamment avec les clients. Le risque que de nouveaux avocats donnent des conseils inapproprié à un client ou lui demandent des renseignements superflus pouvait avoir de grandes répercussions. En raison des complexités de l'examen des fusionnements, les cabinets mettent à profit la période avant que les nouveaux avocats ne travaillent directement avec les clients, pour assurer leur formation formelle et informelle.

Dans les premiers stades du processus d'examen des fusionnements, on perçoit que l'inexpérience peut avoir plusieurs conséquences indésirables. Par exemple, si un agent manquant d'expérience estimait qu'il lui faudrait deux à quatre semaines pour examiner un dossier, l'affaire pouvait être classée comme étant complexe peu importe la complexité réelle des problèmes. Une analyse statistique interne ne confirme pas une telle tendance dans le classement des dossiers, mais les avocats estimaient que le phénomène ne faisait que commencer.

Avec une unité centrale responsable de la classification et de la révision des dossiers non complexes, de 80 à 90 pour cent des dossiers pourraient être traités rapidement, seuls les cas plus complexes étant soumis à un examen plus détaillé. Les agents manquant d'expérience n'auraient pas à prendre la première décision et le nombre de demandes d'information superflues serait réduit. Cela permettrait par ailleurs aux deux divisions et aux sous-commissaires adjoints de se concentrer sur les cas plus importants et autres problèmes de gestion.

Encore une fois, à titre de solution, plusieurs ont suggéré la création d'une unité spéciale, qui pourrait être fusionnée avec l'UAF et qui serait dirigée par un membre chevronné du personnel. Les avocats jugeaient que ce changement améliorerait grandement l'efficacité de la Direction et son aptitude à concentrer ses ressources sur des dossiers plus importants.

Comme on l'a vu plus haut, l'UAF est maintenant chargée de classer les transactions et de traiter les cas non complexes les plus simples.

Examen des dossiers

Accès

Les avocats ont exprimé très clairement l'importance qu'ils attachaient à avoir au début du processus d'examen un dialogue ouvert avec la Direction en ce qui concerne les dossiers susceptibles de soulever des préoccupations en matière de concurrence, « afin de discuter des questions avant qu'elles ne deviennent problématiques ». Dans ces cas, il est particulièrement important que les avocats aient accès aux gestionnaires de la Direction, pour pouvoir rapidement préciser les questions à résoudre, pour discuter d'avance de tout autre renseignement qui pourrait être nécessaire et pour examiner tout problème concernant le processus.

Les avocats qui traitent depuis longtemps avec le Bureau ont affirmé que par les années passées, ils pouvaient téléphoner à un gestionnaire de la Direction (généralement un chef ou un sous-commissaire adjoint) pour discuter de ce qui pourrait être un « problème » dans un dossier qui était sur le point de faire l'objet d'un préavis ou d'une demande de certificat de décision préalable. Ils appréciaient la relation de confiance qui s'était développée au fil des ans et ils savaient qu'ils pourraient connaître la réaction du gestionnaire envers la question en cause ainsi que l'appréciation qu'il en faisait, ce qui les aiderait à préparer leur dossier. Ils avaient aussi confiance que la Direction s'occuperait promptement du dossier – c'est-à-dire que la Direction et les gestionnaires l'attendraient et que cette sensibilisation aiderait à orienter les premières étapes de l'examen et à assurer que la gestion s'intéresse au dossier.

Les avocats ont constamment affirmé durant ces entrevues que les gestionnaires et les agents supérieurs de la Direction n'étaient pas aussi accessibles qu'ils l'étaient par le passé. De plus, on ne répondait pas toujours – ou pas promptement – aux messages téléphoniques et les dossiers qui avaient été discutés d'avance avec des agents supérieurs ou des gestionnaires n'étaient pas plus avancés en ce qui concerne l'examen une fois que la Direction les recevait.

Plusieurs avocats ont mentionné que les modalités de l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni concernant les conseils confidentiels et informels, ainsi que les discussions précédant le dépôt du formulaire CO à l'UE, démontraient bien l'intérêt des contacts précoces avec l'organisme et la façon de réduire la portée des problèmes en ce qui concerne à la fois le dépôt d'un dossier et son examen.

Selon le consensus, ce manque de disponibilité était imputable à la forte charge de travail que devaient constamment assumer les sous-commissaires adjoints. La plupart ont fait valoir qu'il faudrait envisager une certaine réorganisation réduisant le nombre de dossiers et de problèmes confiés à chacun. Encore une fois, les avocats ont mentionné l'expansion de l'Unité des préavis comme solution possible.

Les avocats ont exprimé des préoccupations semblables au sujet de l'accès après le dépôt de leur dossier. Ils ont souligné qu'il était plus difficile aujourd'hui que par le passé de découvrir rapidement qui était l'agent affecté à un dossier donné et quel était l'état de son examen. Les avocats ont suggéré que le Bureau envoie un courriel – et non une lettre de plus – indiquant le

nom et le numéro de téléphone de l'agent à qui le dossier avait été attribué de façon à ce que les avocats puissent établir rapidement un dialogue avec lui.

La Direction précise maintenant d'office le nom et le numéro de téléphone de l'agent lorsqu'elle confirme la norme de service du dossier. Cette information est envoyée par voie électronique.

Des préoccupations ont aussi été exprimées quant à l'accès durant les vacances d'été, de mars ou autres. Les avocats ont reconnu que le Bureau devait donner des congés à son personnel mais ils ont fait valoir que « les affaires n'arrêtaient pas de tourner parce qu'un employé du Bureau était en vacances ». Certains ont suggéré qu'il y aurait peut-être lieu d'envisager une approche plus rigoureuse de l'approbation des vacances. On a aussi suggéré qu'avant de partir en vacances, un agent pourrait téléphoner pour dire : « Bonjour, je suis Untel et je suis l'agent à votre dossier. Je serai absent du bureau jusqu'à telle date mais si vous avez besoin de renseignements, communiquez avec Unetelle. » Cela rassurerait les avocats et leurs clients que leur dossier n'était pas « mis sur la glace ».

Un autre problème d'accès concernait le système de téléphone. Certains se sont plaints du système de messagerie vocale et du manque d'attention dont il souffre. Ils ont souligné que dans certains cas, des agents pouvaient être absents du bureau pendant des jours, sans l'indiquer dans leur message.

Uniformité et prévisibilité

Un sujet qui est revenu constamment au cours des entrevues a été la baisse d'uniformité et de prévisibilité dans les échanges avec la Direction comparée à ce qui existait auparavant. L'absence d'uniformité a été définie de deux façons.

D'abord, il y avait la question de l'uniformité dans les approches des divers agents, dans la façon dont les dossiers étaient abordés, dans la nature et la portée des réponses aux demandes d'information et dans les conseils donnés aux avocats. Un grand nombre des personnes interviewées jugeaient que la perspective adoptée pour un dossier dépendait de l'agent en cause. Selon leur personnalité, leur expérience, leur assurance et leur connaissance de l'industrie, deux agents pouvaient donner ou demander à l'avocat plus ou moins d'information et de conseils. Les avocats considéraient que c'était la conséquence, en partie, de lacunes dans la mise en commun de l'information et dans l'accès aux agents chevronnés et aux experts à l'interne.

Il y avait aussi une perception de manque d'uniformité entre agents et gestionnaires. Certains avocats ont rapporté qu'après avoir reçu le point de vue d'un agent sur les problèmes à résoudre ou l'issue probable d'un dossier, ils ont reçu quelques semaines plus tard une évaluation complètement différente après, pouvait-on supposer, qu'un agent chevronné ou un gestionnaire s'était penché sur le dossier. Cela compliquait la situation pour les avocats, qui devaient expliquer à leurs clients la raison des changements et, quelquefois, le fait qu'ils devaient fournir une somme de nouveaux renseignements. On a cité des cas où les avocats avaient l'impression que le dossier s'acheminait favorablement avant de recevoir une demande inattendue de renseignements détaillés.

Les avocats se sont dits préoccupés du fait qu'il n'y avait pas de mécanisme pour présenter une plainte formelle ou informelle à l'égard de l'évolution des dossiers et de la manière dont les agents traitaient les questions. La Federal Trade Commission des États-Unis, face à des préoccupations semblables, a récemment établi une procédure formelle permettant de soulever de telles questions auprès de l'avocat général.[58] Pour plus de détails, voir le chapitre 5 « Examen des fusionnements aux États-Unis ».

Autre conséquence de cet apparent manque d'uniformité, plusieurs avocats évitaient de demander autant de certificats de décision préalables que par le passé. Il semblait que ce soit imputable à la perception qu'il faille maintenant plus de temps pour en obtenir, que « le seuil pour obtenir un certificat avait été relevé » et que « les agents manquent d'uniformité au moment de déterminer si un certificat peut être émis ». Compte tenu du climat de grande incertitude que l'on perçoit au Bureau depuis deux ans, les clients insistent davantage que les avocats s'en tiennent aux exigences et aux délais prévus par la loi. « Les clients souhaitent la certitude qui accompagne les périodes d'attente et les préavis. »

Comme indiqué au tableau 1, le nombre de demandes de certificats de décision préalables (CDP) en tant que pourcentage de tous les examens de fusionnement est demeuré pratiquement le même pendant les six dernières années.

Tableau 1. Nombre de cas*

Ce tableau inclut toutes les transactions qui ont été commencé pendant l'exercice financier et sur lesquelles les Fusionnements ont travaillé.

	Nombre de transactions											
	2000-2001		1999-2000		1998-1999		1997-1998		1996-1997		1995-1996	
Secteur d'activités	#	(%)	#	(%)	#	(%)	#	(%)	#	(%)	#	(%)
Dépôt d'avis de fusionnement	73	(20)	92	(22)	109	(30)	84	(21)	58	(19)	57	(25)
Demande de CDP	255	(68)	209	(49)	174	(48)	219	(56)	181	(58)	117	(52)
Autres examens	45	(12)	60	(14)	26	(7)	17	(4)	23	(7)	17	(7)
Sous-Total	373	(100)	361	(85)	309	(85)	320	(81)	262	(84)	191	(84)
Titralisations	0	n/a	64	(15)	52	(15)	72	(19)	52	(16)	36	(16)
Total	373	(100)	425	(100)	361	(100)	392	(100)	314	(100)	227	(100)

*Comprend toutes les transactions reçues par la Direction entre le 1er avril et le 31 mars.

Accessibilité et transparence

Les entrevues ont révélé l'opinion répandue que la Direction était devenue moins accessible et transparente ces dernières années, par exemple pour ce qui était de préciser rapidement les questions à résoudre, de discuter de ces questions et, pour les avocats, d'obtenir un rapport d'étape et de négocier le contenu des demandes d'information.

---

[58]Federal Trade Commission, *Requests for Additional Information : Appeal Procedure.*

Il y avait consensus sur l'opinion que dans un nombre croissant de cas, les avocats n'étaient pas renseignés rapidement sur les problèmes qui apparaissaient, étant plutôt informés des semaines plus tard d'une série de questions à résoudre.

En ce qui concerne plus spécialement l'article 11 ou d'autres demandes d'information substantielles, les avocats ont généralement affirmé que la Direction devrait, lorsqu'elle émettait une demande d'information, donner aux avocats une déclaration énonçant clairement les questions et préoccupations en matière de concurrence qu'il restait à résoudre au moment de passer à ce que l'on peut appeler l'examen « de deuxième palier ». Les avocats estimaient qu'au moment où une demande d'information ou une requête en vertu de l'article 11 était émise, les questions devraient avoir été suffisamment précisées, le Bureau devrait concentrer son attention sur les questions en instance et il devrait être possible de communiquer le contexte de la requête aux avocats.

Les avocats estimaient aussi qu'il devrait y avoir un engagement clair, de la part du Bureau, de discuter et de négocier le contenu de toute requête. Les avocats ont proposé que le Bureau communique avec eux pour discuter la nature de l'information qui était recherchée et la possibilité ou non qu'elle soit donnée dans une forme différente de celle qui était demandée et que l'entreprise pourrait plus facilement fournir tout en répondant aux besoins du Bureau.

On a fait référence à l'approche américaine à l'effet que lorsqu'une demande d'information supplémentaire est émise, le département de la Justice (DOJ) s'était engagé à rencontrer les parties afin de discuter et d'examiner les modifications dans un délai de cinq jours. Le DOJ a aussi un processus d'appels afin de donner aux parties l'occasion de fixer des limites à cette demande d'information supplémentaire lorsqu'ils ne sont pas satisfaits de son contenu. Le directeur approuvait les demandes d'information supplémentaire mais, normalement, il ne rencontrait pas les parties lors des négociations et il ne s'impliquait pas non plus.

En réponse aux préoccupations soulevées concernant l'utilisation des ordonnances en vertu de l'article 11, une ambitieuse fonction interne a été créée. Un agent supérieur de la Direction de la conformité et coordination révise maintenant toutes les demandes faites en vertu de l'article 11. L'objectif est d'assurer que les demandes de renseignements visent les questions pertinentes et que les parties sont soumises à un fardeau minimum afin de répondre aux besoins de *renseignements du Bureau.*

Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements

Plusieurs se sont dits préoccupés du fait que les décisions récentes du Bureau, l'approche actuelle du personnel de la Direction des fusionnements à l'égard de l'examen des fusionnements ainsi que les questions soulevées et le niveau d'approfondissement de certains examens indiquent que le Bureau ne souscrivait plus strictement au cadre axé sur la concurrence défini dans les Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements.

Cette préoccupation a été exprimée sous deux formes. D'abord, le Bureau semblait – en particulier dans ses déclarations publiques – accorder une plus grande importance aux questions quantitatives aux dépens des facteurs qualitatifs. Les avocats y voyaient le risque que l'on s'éloigne des Lignes directrices sur les fusionnements et de l'esprit de la loi. Plusieurs avocats ont eu

l'impression dans certains cas récents que le Bureau s'attendait à des dessaisissements lorsque les parts de marché dépassaient les 45 pour cent, quelles que soient les répercussions des facteurs qualitatifs.

Pour étayer ce point de vue, on a cité les déclarations publiques du Bureau expliquant ses décisions dans des cas concernant les banques et les magasins d'alimentation ainsi que les mémoires des avocats au Tribunal de la concurrence dans l'affaire du gaz propane. Par exemple, dans l'affaire des épiceries, les avocats estimaient que le Bureau avait décrit son analyse et ses conclusions en termes de parts de marché, ne consacrant que peu de lignes à l'analyse des facteurs qualitatifs et n'offrant aucune explication de la méthodologie ou de la pondération. Plusieurs ont parlé du classement « rouge, jaune, vert » des marchés comme d'une indication d'une analyse axée sur les parts de marché. Une autre question soulevée par les déclarations du Bureau était de savoir si le Bureau s'attendait à des dessaisissements dans les marchés où on trouvait des parts de marché de plus de 45 pour cent, nonobstant les facteurs qualitatifs.

Les avocats ont exprimé une préoccupation supplémentaire : comme le Bureau était devenu beaucoup plus visible dans les médias et au sein du gouvernement, le contexte dans lequel il travaillait avait changé et il soulèverait de nouveaux défis. Ils ont reconnu qu'il en découlait pour le processus d'examen des fusionnements un fardeau additionnel et une nouvelle dimension.

Processus administratifs

Plusieurs avocats ont estimé que depuis l'adoption de la tarification et des normes de service, la Direction des fusionnements était devenue beaucoup plus axée sur les processus. Les avocats se sont dit préoccupés non de la tarification mais plutôt des répercussions des normes de service, des définitions de la complexité et des lignes directrices[59] mises au point et adoptées en 1997 en même temps que la tarification.

Les avocats ont rapporté des cas où ils avaient eu de longs débats avec le personnel du Bureau pour savoir si un dossier était non complexe, complexe ou très complexe. Le coût que supposent ces discussions en temps et en frais détournent l'attention des questions substantielles et retardent la conclusion des démarches.

Tarification

Aucun commentaire négatif n'a été exprimé au sujet de la tarification, qui est modeste en regard du coût total d'un fusionnement typique. Les avocats s'attendaient toutefois à ce que le processus en profite puisque le Bureau recevait maintenant des fonds supplémentaires grâce à ces revenus.

---

[59]Bureau de la concurrence, *Guide sur la tarification et les normes de service conformément à la* Loi sur la concurrence, 2e parution, 1er mai 1998.

Normes de service

Les avocats sont largement d'accord pour dire que les normes de service suscitaient davantage de préoccupations que de certitude. La priorité d'un avocat était le délai nécessaire pour obtenir une décision dans un dossier particulier et il cherchait avant tout à donner à la Direction les renseignements dont elle avait besoin pour rendre une décision aussi rapidement que possible. Les dates de clôture des transactions étaient le facteur clé pour les avocats et leurs clients. Les retards dans les réponses du Bureau pouvaient avoir de grandes répercussions économiques pour les parties.

Les avocats ont indiqué que le Bureau n'écrivait plus automatiquement une lettre confirmant la norme de service. Au cours de l'année suivant la mise en œuvre des normes de service, le Bureau envoyait ces lettres « ... dans les cinq jours ouvrables suivant le dépôt du préavis »[60]. Certains avocats ont indiqué qu'ils n'avaient plus vu une de ces lettres depuis six mois ou un an.

Tout en regrettant que les lettres ne soient plus envoyées systématiquement, les avocats étaient généralement d'avis qu'elles étaient source de confusion et d'inquiétude pour les parties à un fusionnement. Plusieurs avocats ont affirmé qu'ils ne demandent plus ces lettres de crainte que quelques semaines ou quelques mois plus tard, ils reçoivent une lettre indiquant la période prévue selon les normes de service administratives. « Si un agent m'a dit qu'il faudra trois ou quatre semaines pour en arriver à une décision, je ne veux pas une lettre informant mon client que l'affaire est complexe et que l'examen pourrait exiger jusqu'à dix semaines. » Une autre complication signalée était que, puisqu'il s'agissait d'une réponse type mentionnant une période de temps mais non les dates précises reliées aux normes de service, plusieurs supposaient que la période débutait lorsque la lettre était reçue, ce qui pouvait être longtemps après le dépôt du dossier.

L'UAF a mis à jour la lettre[61] *afin d'inclure la date de début et de clôture de la période se rapportant aux normes de service (Voir l'annexe A).*

De plus, selon les avocats, il y avait la difficulté d'expliquer aux parties au fusionnement (surtout celles qui étaient à l'extérieur du Canada) la différence entre les périodes d'attente prévues par la loi et les normes de service administratives. Encore une fois, c'étaient les exigences juridiques du processus d'examen des fusionnements dont se souciaient les parties au fusionnement, ainsi que des effets économiques des délais au début ou à la clôture d'un examen. Dans cette optique, les normes de service n'étaient pas «pertinentes».

Une autre préoccupation exprimée était que, la nature humaine étant ce qu'elle est, les agents pouvaient considérer les normes de service comme des échéances plutôt que des limites extrêmes. Dès lors, les avocats se souciaient de plus en plus du fait que la motivation à conclure un examen diminuait une fois qu'une affaire était classée comme étant complexe et que la prochaine échéance interne d'importance se situait dix semaines plus tard. À la lumière de ces commentaires, les auteurs

---

[60]Bureau de la concurrence, *Guide sur la tarification et les normes de service conformément à la* Loi sur la concurrence, 2e parution, le 1er mai 1998, page 3.

[61]Depuis l'automne 2000, l'UAF répond par courriel plutôt que d'envoyer des lettres.

ont examiné l'expérience récente de la Direction. L'annexe C devrait indiquer qu'en fait, selon la distribution des dossiers pour en arriver à une clôture, ce phénomène ne se matérialise pas.

Il faut noter que les auteurs du rapport de l'ICPAC (voir le chapitre 9 - Examen des fusionnements dans plusieurs juridictions) avaient le même souci alors qu'ils étaient pourtant généralement favorables aux normes de service comme moyen d'imposer une discipline dans les examens. Le rapport signalait [TRADUCTION] « une préoccupation que les périodes d'examen maximums deviendraient effectivement des périodes minimums[62]. »

Les avocats estimaient qu'une autre question devant être clarifiée était celle de savoir quand débutait effectivement la période du processus d'examen. Les avocats ont remis en question le principe voulant qu'elle débute seulement lorsque *tous* les renseignements étaient reçus puisque l'examen pouvait probablement débuter avant, pendant que l'entreprise réunissait les renseignements supplémentaires. Certains avocats ont cité la pratique de l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni, qui fixe le début de la période à la réception d'une documentation « raisonnable ».

Définitions de la complexité

Les avocats étaient presque unanimes pour juger que les définitions de la complexité ne donnent *aucune* indication concrète que les avocats pouvaient utiliser pour conseiller leurs clients. Les catégories – surtout celle des fusionnements complexes – sont définies trop largement. Selon eux, la grande incohérence constatée dans l'interprétation faisait en sorte que les avocats choisissaient souvent n'en tenir aucun compte.

Les lignes directrices contenues dans le *Guide sur la tarification et les normes de service* ne donnent pas nécessairement suffisamment de clarté pour permettre aux avocats de donner un avis à leurs clients à savoir comment un fusionnement recevrait son classement. Les avocats ne se sentaient pas capables de donner avec certitude un avis définitif aux clients en ce qui concerne les délais ou le dépôt de renseignements à la lumière des lignes directrices.

D'autre part, il y avait une perception voulant que des agents de la Direction classaient beaucoup plus de transactions comme étant complexes ou très complexes que par le passé. Bien que les avocats aient reconnu qu'il y avait de plus en plus de dépôts d'avis concernant des fusionnements complexes, ils croyaient toujours que les agents étaient extrêmement conservateurs dans la façon dont ils attribuaient les cotes de complexité aux dossiers.

Des avocats ont constaté que des cas ont été reclassés soit de non complexe à complexe, soit de complexe à très complexe. Ils s'inquiétaient du fait que les dossiers seraient automatiquement poussés vers les catégories plus complexes.

Une vérification des statistiques des quatre dernières années indique les taux de complexité en tant que pourcentage total sont demeurés pratiquement constant (voir le tableau 2). Néanmoins, on s'attend à ce que la centralisation de la classification des dossiers à l'UAF assurera une uniformité et

---

[62] *International Competition Police Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust.* Rapport final. 2000. Page 133.

réduira les risques de changement non nécessaire. Cependant, il y a peut-être des circonstances où des questions surgissent plus tard pendant l'examen et qui justifient une reclassification. Ceci ne devrait se produire qu'exceptionnellement.

Tableau 2. Nombre/Pourcentage des cas par niveau de complexité excluant la titralisation*
Ce tableau inclut toutes les transactions qui ont été complétées avant la fin de l'exercice financier. (On peut y retrouver des transactions qui n'avaient pas commencé la même année.)

	Nombre de transactions							
	2000-2001		1999-2000		1998-1999		1997-1998[63]	
Complexité	#	(%)	#	(%)	#	(%)	#	(%)
Non complexe	282	(81)	232	(80)	212	(77)	68	(89)
Complexe	53	(15)	49	(17)	56	(20)	8	(11)
Très complexe	14	(4)	8	(3)	6	(2)	0	s/o
Total	349	(100)	289	(100)	274	(100)	76	(100)

*Comprend les transactions entre le 1er avril et le 31 mars sauf en 1997/1998, voir la note de bas de page 63.

La plupart des avocats ont affirmé que le délai de cinq jours était souvent insuffisant pour permettre au Bureau de déterminer si un dossier était complexe ou très complexe étant donné les définitions actuelles de la complexité. Les parties à des fusionnements et leurs avocats feraient davantage confiance au système si le Bureau prenait plus de temps pour évaluer les problèmes qui se posaient avant de déterminer qu'un cas relevait de la catégorie complexe ou très complexe.

Plusieurs ont souligné qu'ils n'auraient pas d'objection à ce que le Bureau élimine les définitions de complexité et les normes de service. Quant aux définitions, il y avait manifestement une préoccupation que la catégorie complexe était trop vaste. Les avocats souhaiteraient que le Bureau reconsidère l'écart entre les catégories des transactions non complexes et complexes. Des suggestions variées ont été formulées, depuis l'élargissement de la catégorie non complexe – éventuellement en ajoutant sept jours à la période d'examen – jusqu'à l'ajout d'une quatrième catégorie.

Les avocats ont fait valoir qu'en définitive, le Bureau pouvait prendre aussi longtemps qu'il le fallait; il était très rare que des avocats conseillaient à leurs clients de conclure un fusionnement avant de recevoir l'aval du Bureau. Par conséquent, une suggestion maintes fois répétée par les avocats voulaient que le Bureau utilise des normes de rendement *internes* aux fins de l'orientation, de la discipline interne et de la formation, plutôt que l'actuelle norme de service publiée.

[63]Représente seulement les dossiers complétés entre le 3 novembre 1997 et le 31 mars 1998.

Questions reliées aux récentes modifications

Nouvelles déclarations abrégées et déclarations détaillées

La plupart des avocats étaient satisfaits de la nouvelle déclaration abrégée et des nouvelles périodes d'attente en vertu de la *Loi sur la concurrence*. En particulier, la déclaration abrégée est considérée comme un grand progrès. Elle est simple et facile à utiliser, et elle n'est pas trop onéreuse en temps et en frais pour les parties. Les renseignements qui y sont demandés sont semblables à ce qui est demandé par d'autres instances. Certains avocats ont toutefois souligné que dans certains cas, les renseignements demandés pouvaient quelquefois ne pas être disponibles; en l'occurrence, des avocats voulant joindre l'agent au dossier pour discuter des exigences du dépôt de l'avis.

Certains avocats ont jugé que la nécessité de donner une liste de 20 clients sur le formulaire était déraisonnable et qu'il vaudrait mieux en demeurer à 5 ou 10 clients, y compris les deux à quatre plus importants, surtout dans les cas non complexes lorsque des entreprises avaient de faibles parts de marché et n'avaient pas de chevauchement. Au besoin, le Bureau pourrait toujours demander des renseignements supplémentaires au moyen d'une demande d'information formelle.

Les avocats avaient de sérieuses réserves à la fois à l'égard du contenu de la déclaration détaillée et de la politique la concernant. La plupart ont affirmé qu'il était essentiel d'avoir une déclaration claire du Bureau quant aux circonstances exigeant la déclaration détaillée. Actuellement, les déclarations sont perçues comme étant trop nuancées et sujettes à interprétation.

Ils se sont dit préoccupés en particulier du fait que, une fois qu'un dossier était considéré comme étant complexe ou très complexe, les lignes directrices sur les normes de service et le guide des procédures[64] faisaient que le Bureau pouvait demander une déclaration détaillée. « Pour délimiter les circonstances en vertu desquelles il est probable qu'une déclaration détaillée sera exigée, on peut utiliser les différents degrés de complexité définis dans le *Guide sur la tarification et les normes de service* comme point de repère... Par contre, les parties à une transaction proposée qui entre dans la catégorie des transactions 'très complexes' doivent s'attendre à ce qu'une déclaration détaillée soit exigée si elles ne l'ont pas déjà soumise avec l'avis prévu à l'article 114. ... (Pour) les transactions proposées entrant dans la catégorie 'complexe'... (en) général, plus le degré de complexité augmente, et qu'il semble nécessaire de mener un examen en profondeur, plus il est probable qu'une déclaration détaillée soit exigée. » Voilà, selon les avocats, que c'est inapproprié en regard du fait que la définition de la catégorie complexe était très vaste. Les avocats souhaitent davantage de clarté quant à savoir où le Bureau tire la ligne, au sommet de la catégorie des cas complexes, pour exiger la déclaration détaillée. Les avocats ont rappelé la présence de nombreuses expressions nuancées dans la version actuelle du guide qui pouvaient ajouter de l'incertitude. Plusieurs avocats ont demandé, étant donné le temps qu'il fallait pour remplir la déclaration détaillée, des indications plus claires de la part du Bureau.

On avait aussi la perception que le Bureau pourrait demander davantage de déclarations détaillées qu'il ne l'avait fait jusqu'à présent, vu l'énoncé dans le guide des procédures « il est

---

[64] *Transactions devant faire l'objet d'un avis et certificats de décision préalable en vertu de la* Loi sur la concurrence *: Guide de procédure*. Bureau de la concurrence, mai 2000.

probable qu'à l'avenir, au lieu d'envoyer une demande détaillée de renseignements complémentaires, le Bureau pourra demander que les parties produisent la déclaration détaillée », ou encore : « La décision d'exiger ou non la déclaration détaillée pour les transactions proposées 'complexes' dépendra des renseignements additionnels fournis par les parties dans la déclaration abrégée, de la qualité des renseignements obtenus d'autres sources et de l'évaluation préliminaire des facteurs de l'article 93. » Ceci contraste avec d'autres énoncés du guide disant que « si les parties à une transaction proposée produisent une déclaration abrégée et la complètent par des renseignements suffisants, elles n'auront pas nécessairement à produire la déclaration détaillée ». Étant donné ces énoncés, les avocats aimeraient que le Bureau examine de nouveau le texte du guide pour donner plus de certitude.

Certains ont suggéré que la déclaration détaillée devrait être requise uniquement lorsque les parties ne coopèrent pas, qu'elles retiennent des renseignements ou qu'elles semblent utiliser des mesures dilatoires. Les avocats – et de fait, leurs clients – préféreraient déposer une déclaration abrégée avec des renseignements supplémentaires et un examen détaillé des questions de substance. Les parties fourniraient par la suite toute information additionnelle que le Bureau exigerait. Les avocats jugeaient que cette approche serait moins onéreuse pour les clients et pour le Bureau, et serait plus conforme à la pratique internationale.

Les avocats ayant une grande expérience avec le Bureau ont fait valoir que par le passé, ils n'avaient déposé qu'une ou deux déclarations détaillées, voire aucune. Par contre, certains ont signalé que depuis la mise en œuvre des nouvelles règles, ils ont eu à en déposer.

Une vérification du nombre de déclarations détaillées à la fin de mars 2001 indiquait les déclarations détaillées avaient été reçues lors de cinq transactions en 1999-2000 et sept en 2000-2001.

Un certain nombre des personnes interviewées ont manifesté des préoccupations quant au recours à l'article 116 pour justifier le fait de ne pas fournir des renseignements, de peur de s'exposer à l'application du paragraphe 116(3)[65] et aux délais qui pouvaient en découler.

Information

Plusieurs avocats ont exprimé le voeu qu'à la suite des modifications de 1999, le Bureau reconnaîtrait l'intérêt qu'il y a à publier des bulletins d'interprétation sur des questions de fond, pour aider les parties à les comprendre et favoriser la transparence.

Depuis les modifications de 1999, le Bureau a publié les lignes directrices suivantes :

- Article 108. Définition d'« entreprise en exploitation »
- Article 114. Nombre d'avis - Transactions en plusieurs étapes ou continues

---

[65]Art. 116(3) Dans les cas où une personne choisit de ne pas fournir au commissaire les renseignements prévus à l'article 114 et qu'elle informe le commissaire à cet effet en application du paragraphe (2) ou (2.1), cette personne doit quand même, si le commissaire l'avise dans les sept jours après avoir été ainsi informé du choix de cette personne qu'il exige les renseignements en question, fournir au commissaire les renseignements ainsi exigés.

- Alinéa 111*a*) Exceptions visant les acquisitions effectuées dans le cours normal des affaires (Ébauche)
- Article 112. Exceptions visant les associations d'intérêts : entreprises à risques partagés
- Paragraphe 110(3) Acquisitions d'actions sans droit de vote et de titres convertibles
- Paragraphe 110(4) Fusion
- Alinéa 111*d*) Acquisitions réalisées par un créancier
- Article 103. « en substance complétée » et article 119. « complétée »
- Conventions d'actionnaires
- *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis* - Opérations ou événements visés à l'article 14
- Dédoublements d'entreprises

Plusieurs ont aussi suggéré, étant donné le petit nombre de cas qui sont soumis au Tribunal de la concurrence, que le Bureau devrait davantage recourir aux documents d'information et aux communiqués de presse dans les cas importants où il choisit de ne pas contester une transaction proposée.

Formation

Selon un point de vue qui revenait constamment parmi les avocats, plusieurs des questions et sujets de préoccupation soulevés au cours des entrevues découlaient de l'absence d'un programme rigoureux de formation et de perfectionnement au sein du Bureau. Des avocats considéreraient que l'incertitude se manifestant pour obtenir des commentaires de la part du Bureau révélait la nécessité de mettre au point un programme de formation bien orienté pour le personnel travaillant à l'examen des fusionnements.

Un des éléments d'un programme de formation complet devrait prévoir le mentorat et le perfectionnement pour les nouveaux agents. Comme on l'a vu auparavant, dans les cabinets d'avocats, les avocats d'expérience effectuaient une certaine sélection et seulement les affaires simples étaient confiées aux nouveaux avocats. Ceux-ci n'avaient cependant pas à traiter directement et indépendamment avec les clients avant qu'ils n'aient accumulé jusqu'à un an d'expérience. Dans la même optique, les avocats interviewés ont suggéré que les nouveaux agents devraient suivre des agents d'expérience, peut-être pendant une année complète. Ils pourraient être jumelés pour des périodes de trois mois à des agents ayant des compétences et des qualités reconnues, que ce soit en matière d'analyse, de rédaction ou d'entregent lorsqu'il s'agissait d'établir des contacts dans le marché ou de mener des entrevues. Le nouvel agent devrait aussi être tenu de travailler au sein de l'UAF pour bien comprendre les exigences en matière de déclaration.

Les avocats se sont également montrés préoccupés du fait que le personnel du Bureau n'ait peut-être pas reçu la formation lui permettant de comprendre pleinement le contexte dans lequel un fusionnement proposé se situait. Par exemple, certains jugeaient que le personnel ne comprenait pas les mécanismes d'une offre publique d'achat, les répercussions d'une prolongation d'un examen du fusionnement sur le cours des actions et les participants du marché. Par conséquent, les avocats ont suggéré que la formation du Bureau devrait comporter une composante importante donnant des renseignements sur les fusionnements en les situant dans leur contexte. Il importe, en l'occurrence, de comprendre qu'un examen ne se déroule pas dans le vide, et que dans le cas d'offres publiques, les

actionnaires, les courtiers, les analystes, tout le milieu financier et les médias attendent impatiemment la décision du Bureau et que le cours des actions fluctue selon les perceptions qui sont créées durant la période d'attente d'une décision.

Ces multiples participants du marché ne comprennent pas nécessairement le fonctionnement et les exigences du Bureau. Pour eux, tout retard peut être perçu comme le signe de préoccupations sérieuses au sujet du fusionnement et peut avoir de grandes répercussions économiques : les « chasseurs de têtes » recrutent des personnes clés, les milieux financiers s'animent de rumeurs, le monde entier est tenu en haleine et les créanciers s'impatientent.

Certains ont suggéré que des représentants – comme la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et la Bourse de Toronto – puissent être invités à donner des séances dans le cadre du programme de formation régulier des agents de la Direction des fusionnements. La Direction de l'économie et des affaires internationales pourrait aussi donner régulièrement des ateliers économiques, notamment pour passer en revue des cas importants.

Certains ont également suggéré que le Bureau prenne l'habitude de recruter des agents auprès d'autres instances pour pouvoir s'inspirer de leurs méthodes.

Enfin, toujours au sujet de l'importance d'un programme de formation et de mentorat bien ciblé, les avocats étaient d'accord qu'il fallait du temps pour acquérir de l'expérience dans l'examen de fusionnements. « Cette expérience et l'assurance qui en découle ne peuvent pas être reproduites du jour au lendemain. »

Technologie

Le consensus parmi les personnes interviewées voulait que le Bureau devrait recourir bien davantage à la technologie, au-delà de la création d'une base de données pour l'UAF. À leur avis, le Bureau devrait avoir une base de données contenant le nom des agents et leur domaine de spécialisation. Cette base de données devrait aussi comprendre des renseignements sur les experts pertinents au sein de l'industrie, avec une description de leurs connaissances; des détails sur les personnes interviewées avec des notes sur leurs domaines de connaissance et de spécialisation; les évaluations des dossiers faites par les agents; et ainsi de suite. Les agents pourraient utiliser cette base de données pour trouver rapidement, par exemple, les personnes susceptibles de détenir des connaissances pertinentes à un dossier particulier et celles au sein de la Direction qui ont déjà traité des questions semblables.

Certains avocats ont suggéré que le Bureau devrait demander qu'ils déposent des copies électroniques de tous les documents pertinents sous un format précis. Les renseignements des formulaires n'auraient pas à être saisis à nouveau, la copie papier pourrait être classée pendant que la copie électronique serait envoyée aux agents au dossier. Des annotations électroniques pourraient servir à signaler les questions importantes aux membres de l'équipe.

On a aussi suggéré que le Bureau saisisse les déclarations papier au moyen d'un lecteur optique. Seuls les documents nécessaires à l'examen seraient ainsi saisis et un système de

numérotation et d'indexage pourrait être mis au point à cette fin. Ceci réduirait la quantité de papier qui circule, les délais et les coûts.

Ces deux idées sont à l'étude dans le cadre du projet du Bureau sur le traitement de la preuve.

On a aussi formulé d'autres suggestions :

- Les agents pourraient utiliser des ordinateurs portatifs lorsqu'ils font des entrevues, pour éviter d'avoir à prendre des notes à la main pour ensuite les copier sur ordinateur;
- Le Bureau devrait davantage recourir aux CD-ROM;
- Le Bureau devrait faire en sorte qu'il soit possible de remplir les déclarations abrégées et détaillées sur ordinateur.

Un plus grand recours à la technologie réduirait également le temps requis pour produire des évaluations, des communiqués et des documents d'information. Par ailleurs, le Bureau suivrait la tendance que l'on constate dans les tribunaux en général et au Tribunal de la concurrence en particulier, et il serait mieux à même de présenter un dossier au Tribunal par voie électronique.

En ce qui concerne précisément le dépôt d'avis par voie électronique, la plupart des avocats ne jugeaient pas que le Bureau devrait se précipiter pour offrir ce service puisqu'ils avaient des préoccupations au sujet d'un certain nombre de questions, comme les signatures des clients, la sécurité, la compatibilité et l'approbation par un représentant des entreprises touchées. Certains avocats ont indiqué qu'ils devraient toujours envoyer plusieurs documents sur papier et d'autres ont suggéré que même si la plupart des documents existaient sous forme électronique, ils étaient souvent sous des formats différents exigeant un travail considérable avant qu'ils ne puissent être convertis.

Des avocats ont reconnu la nécessité des dépôts sous forme électronique et les avantages qui en découlaient. D'autres jugeaient que l'infrastructure nécessaire à cette fin n'était pas entièrement en place.

En somme, plusieurs des personnes interviewées ont recommandé que le Bureau consacre à tout prix des efforts importants à la modernisation des processus et outils de travail, au nom de l'efficacité et pour répondre à la demande du public.

Le Bureau se penche sur cette question au moyen d'initiatives comme les projets visant les méthodes de travail et le déroulement de travail[66], *le traitement de la preuve*[67], et le *système de gestion de l'information du Bureau « SGIB »* [68].

Planification

Une question qui est revenue constamment durant les entrevues est celle de savoir si le Bureau assure une planification suffisante pour s'acquitter efficacement de ses responsabilités. Certains ont suggéré que le Bureau devrait adopter un rôle davantage pro actif dans l'anticipation des tendances et les préparatifs pour les activités futures au chapitre des fusionnements. On a suggéré qu'une partie des revenus enregistrés par le Bureau devraient servir à commander auprès d'universitaires et d'experts de l'industrie des recherches et de l'information sur les tendances futures dans les grands secteurs industriels. Le personnel pourrait ainsi être mieux préparé lorsque survient un fusionnement dans une industrie clé ou très dynamique.

La Direction devrait effectuer des analyses de l'environnement annuelles ou périodiques pour s'assurer de disposer des connaissances pertinentes lorsque surviennent de nouvelles questions. « Le Bureau peut consulter notamment la Banque mondiale et des experts en économie pour prévoir les tendances et se préparer en conséquence. À long terme, il pourrait en découler des économies en temps et en frais à la fois pour la Direction et pour les parties à un fusionnement. » « Ils peuvent commanditer des groupes de réflexion pour rédiger des rapports sur des sujets d'actualité comme la technologie, l'énergie, les télécommunications, etc. »

Une autre suggestion voulait que la Direction mène un examen hebdomadaire de ses dossiers en instance, pour classer rapidement les dossiers où il n'y avait pas de problèmes de concurrence ou guère de chevauchement.

---

[66]Le sondage de 1999 sur la fonction publique a identifié que plus de 45 pour cent des employés du Bureau pensaient que la qualité de leur travail souffrait à cause du nombre élevé de niveau d'approbation. Des employés du Bureau, avec de l'aide d'un consultant privé, se sont chargés d'obtenir une évaluation d'une grande partie du Bureau (gestion, agents et personnel de soutien, y compris les régions) grâce à des groupes de consultation et des entrevues pour trouver la façon dont ils pensaient que le processus actuel et le déroulement du travail concernant les processus de travail substantif (les cas) et les processus administratifs (dossiers, communiqués de presse, réclamations de voyage, contrats) pourraient être améliorés. Les gestionnaires du Bureau évaluent actuellement les résultats.

[67]Le projet du Bureau concerne le traitement et l'identification de la preuve documentaire et matérielle obtenue ou reçue par le commissaire pendant une enquête afin d'assurer que la preuve soit admissible et utile lors de toute poursuite subséquente. La preuve « documentaire » comprend les dossiers électroniques et les documents papier traditionnels. La preuve « matérielle » comprend d'autres objets tangibles.

[68]Le but du projet SGIB est d'identifié les besoins d'information opérationnelle et de gestion afin d'être capable de suivre et de créer des rapports sur le travail qui est accessible à chaque poste de travail à travers le Bureau. C'est essentiellement une reconfiguration des systèmes actuels de suivi afin de permettre la saisie de renseignements plus pertinents, d'augmenter le partage des renseignements entre les directions et d'améliorer la capacité de production de rapports.

En ce qui concerne les questions de formation et de mentorat, on a suggéré que la Direction veille à assurer un sain équilibre entre agents d'expérience et agents moins expérimentés lorsque l'on formait de grandes équipes pour traiter des cas complexes ou très complexes. Les agents ayant moins d'expérience pourraient se voir confier la responsabilité de la recherche et des contacts auprès des tiers, tandis que les agents plus chevronnés seraient surtout responsables de l'analyse sur le fond.

Plusieurs avocats ont aussi jugé que le Bureau devrait veiller à ce que des théories du cas soient formulées tôt dans le processus d'examen. Cela réduirait la quantité de renseignements demandés par le Bureau et aiderait à orienter l'examen, ce qui en réduirait la durée. On a suggéré que les avocats du ministère de la Justice du Canada devraient participer plutôt dans l'évaluation des cas pour aider à mettre au point la théorie pertinente; des avocats moins chevronnés pourraient être affectés à la Direction pour remplir ce rôle. Lorsque les questions deviennent plus complexes, les avocats plus chevronnés pourraient au besoin être appelés en renfort. Ceci assurerait que l'analyse du dossier tiennent compte d'une vision plus englobante de l'application de la loi dans l'éventualité d'une contestation ou de poursuites.

Ce sujet est à l'étude dans le projet de réingénierie auquel participe la Section du droit de la concurrence de Justice Canada.

L'importance des évaluations rétrospectives a aussi été soulignée, comme moyen d'améliorer les connaissances et les processus. On a suggéré que le Bureau devrait engager un économiste d'expérience spécialisé en droit de la concurrence pour réaliser des évaluations rétrospectives de dossiers importants. On pourrait ainsi apprendre de précieuses leçons sur la façon d'améliorer les processus et les analyses.

Le Bureau devrait aussi encourager les parties à rencontrer confidentiellement le personnel de l'examen des fusionnements au début du processus. Le Bureau pourrait ainsi prévoir d'avance les ressources nécessaires à un dossier et s'y préparer.

Enfin, plusieurs ont souligné le fait que le barreau devait aussi assumer une responsabilité à l'égard de la manière dont il transige avec le Bureau. Lorsque les avocats fournissent volontiers des renseignements et donnent des explications à l'avance sur les aspects particuliers d'un cas, la relation de travail est d'autant meilleure et l'examen des fusionnements se déroule en général plus efficacement.

Annexe A : Intervenants interviewés

Toronto

Cabinet d'avocats	Noms
Smith Lyons Scotia Plaza Tower 40, rue King ouest, 58e étage Toronto (Ontario) M5H 3Z7	Bruce M. Graham Eric Edelson
Stikeman, Elliott Commerce Court West 199, rue Bay Toronto (Ontario) M5L 1B9	Lawson A.W. Hunter, Q.C.
Fraser Milner Casgrain 1 First Canadian Place 100, rue King ouest, 39e étage Toronto (Ontario) M5X 1B2	Randy Hughes Tracey Patel et al.
Osler, Hoskin & Harcourt 1 First Canadian Place Case postale 50 Toronto (Ontario) M5X 1B8	Timothy J. Kennish Michelle A. Lally et al.
Blake, Cassels & Graydon Commerce Court West 199, rue Bay, pièce 2300 Toronto (Ontario) M5L 1A9	Warren M.H. Grover et al.
Lang Michener Place BCE, pièce 2500 181, rue Bay Case postale 747 Toronto (Ontario) M5J 2T7	James B. Musgrove
Borden Ladner Gervais Scotia Plaza 40, rue King ouest, pièce 4100 Toronto (Ontario) M5H 3Y4	Robert S. Russell
Goodmans Eaton Towers (Eaton Centre) 250, rue Yonge, 24e étage, boîte 24 Toronto (Ontario) M5B 2M6	William Rosenfeld Robert Vaux

Davies Ward Phillips & Vineberg 1 First Canadian Place, 44e étage Toronto (Ontario) M5X 1B1	Calvin S. Goldman, Q.C. Paul S. Crampton
Kelly Affleck Greene 1 First Canadian Place, pièce 840 Case postale 489 Toronto (Ontario) M5X 1E5	Donald S. Affleck, Q.C. Donald B. Houston
Davis & Company Park Place 666, rue Burrard, pièce 2800 Vancouver (Colombie-Britannique) V6C 2Z7	Stanley Wong
Fasken, Campbell, Godfrey Toronto Dominion Bank Tower, Case postale 20, succ. Toronto Dominion Toronto (Ontario) M5K 1N6	Anthony F. Baldanza et al.

Montréal

Stikeman, Elliott 1155, boul. René-Lévesque ouest, 40e étage Montréal (Québec) H3B 3V2	Francine Matte, Q.C.
Ogilvy Renault 1981, avenue McGill College, pièce 1100 Montréal (Québec) H3A 3C1	Robert Cowling Denis Gascon
McCarthy Tétrault "Le Windsor" 1170, rue Peel, 4e étage Montréal (Québec) H3B 4S8	Yves Bériault Madeleine Renaud Yves Comtois

Annexe B : Exemple d'une réponse type

Objet : Norme de service

La présente fait suite à votre lettre du xxxxxxxxxx dans laquelle vous nous avez soumis un formulaire de déclaration abrégée en vertu de l'article 16 du *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis* à l'égard de la transaction sous rubrique.

Après avoir examiné les documents présentés, nous avons conclu qu'il s'agit d'une transaction complexe. La norme de service établie pour une transaction du genre prévoit un délai de traitement de dix semaines.

Les renseignements que vous avez fournis à l'appui de votre demande sont suffisants pour permettre au Bureau de commencer l'examen. De plus, des appels auprès de tiers sont jugés nécessaires pour compléter l'examen en question et peuvent être effectués étant donné que la transaction a été annoncée publiquement. Par conséquent, la norme de service, c'est-à-dire le délai de traitement, a commencé à s'appliquer le xxxxxxxxx soit la date à laquelle le Bureau a reçu suffisamment de renseignements, et prendra fin le xxxxxxxxxxx.

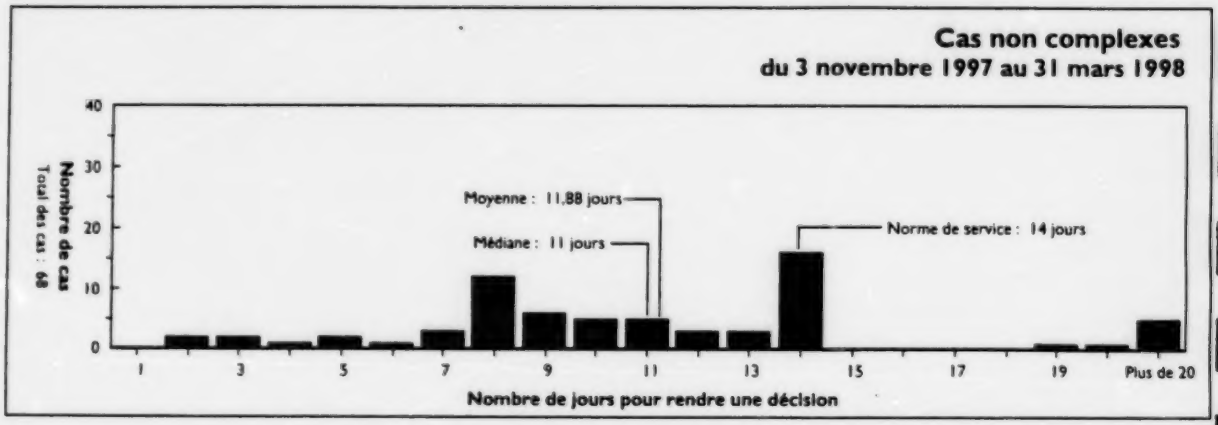
Si vous désirez discuter de cette affaire ou si vous avez des questions, n'hésitez pas à communiquer avec l'agente responsable xxxxxxxxxxxxx au (no. de tél.) xxxxxxxxxx.

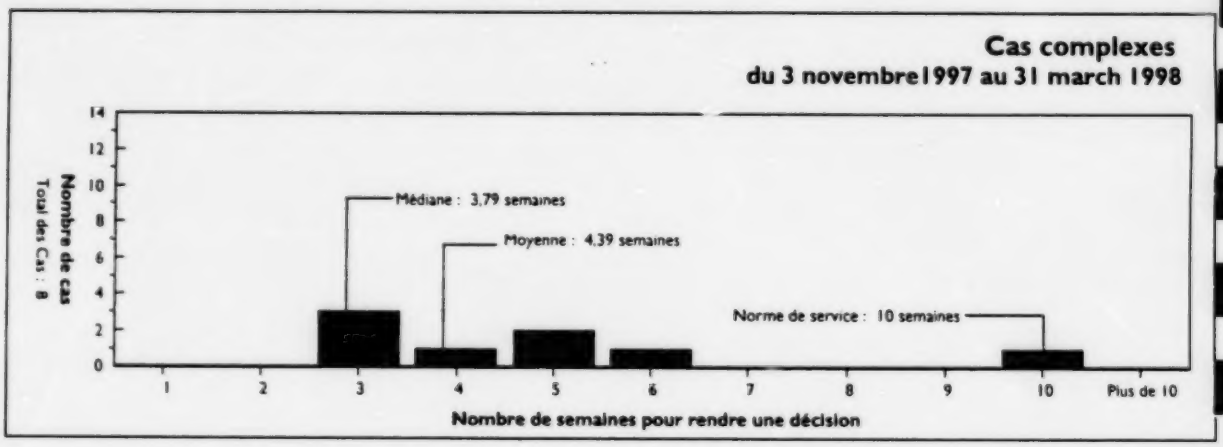
Veuillez agréer, Maître, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Michael Sullivan
Agent principal du droit de la concurrence
Unité des avis de fusionnements
(819) 953-4297
sullivan.mike@ic.gc.ca

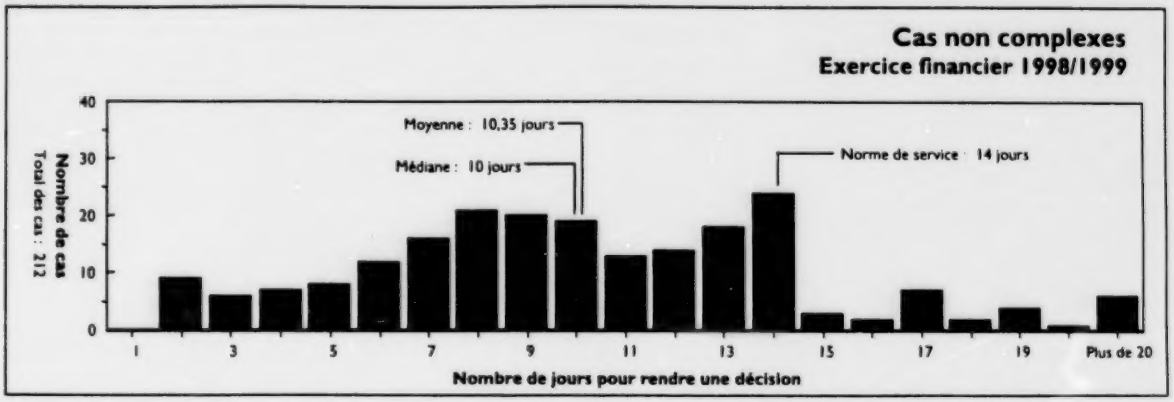
Annexe C

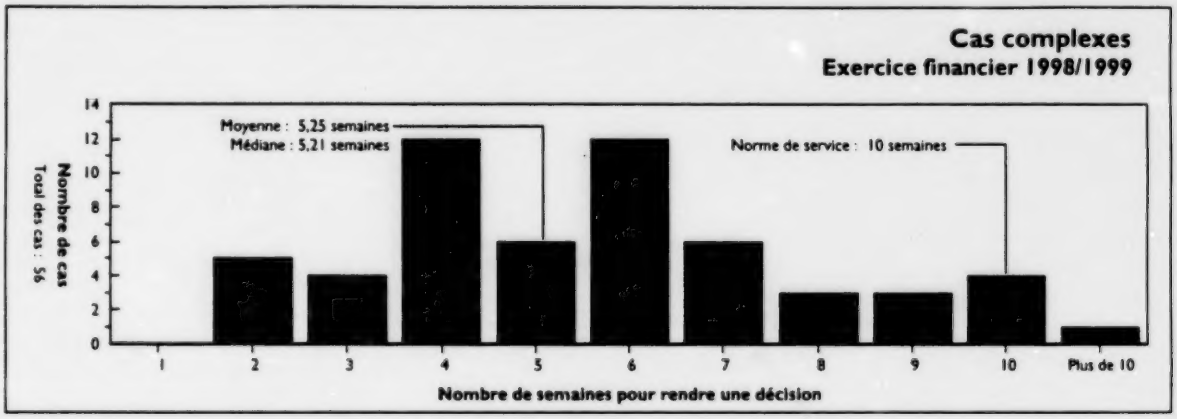
Analyse des normes de services : 1997/1998[69] à 2000/2001

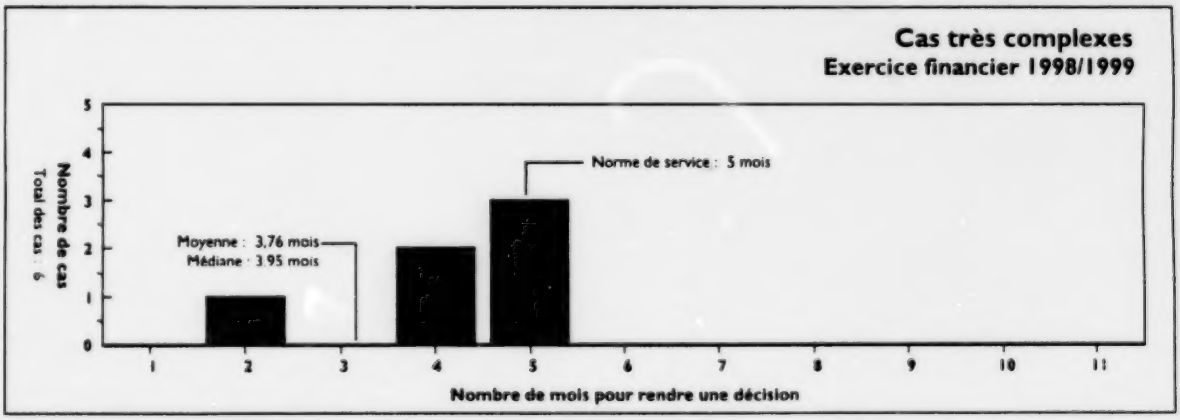


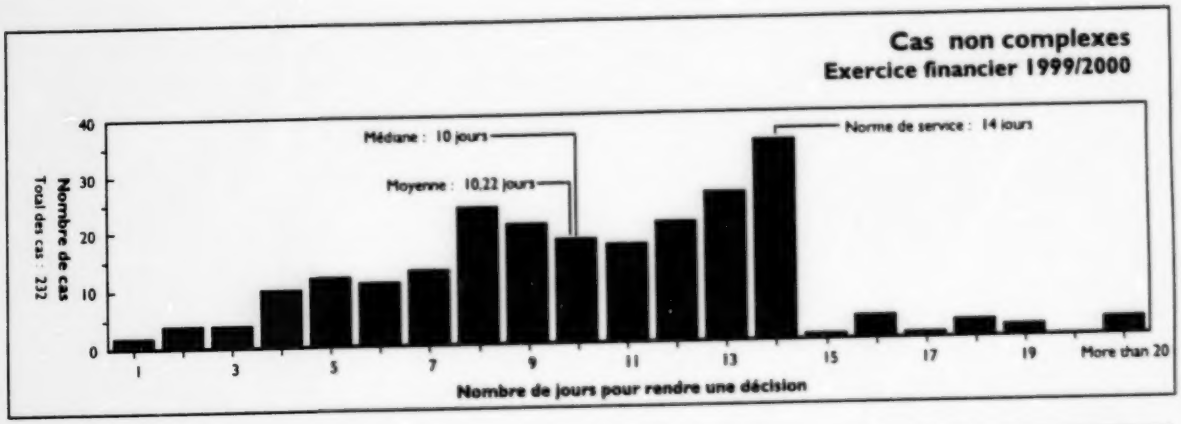


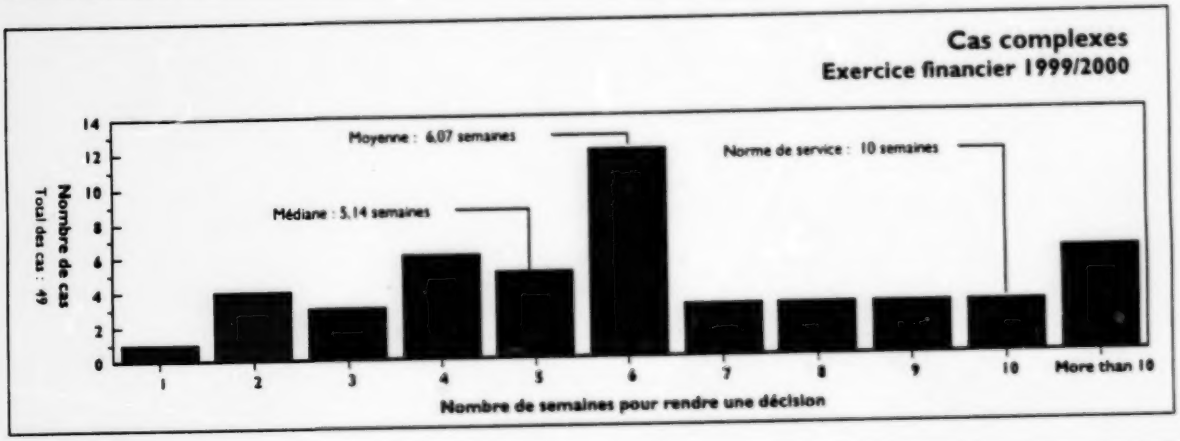
[69]Il n'y a eu aucun cas très complexe de compléter durant cette période. Les titralisations ont été exclues.

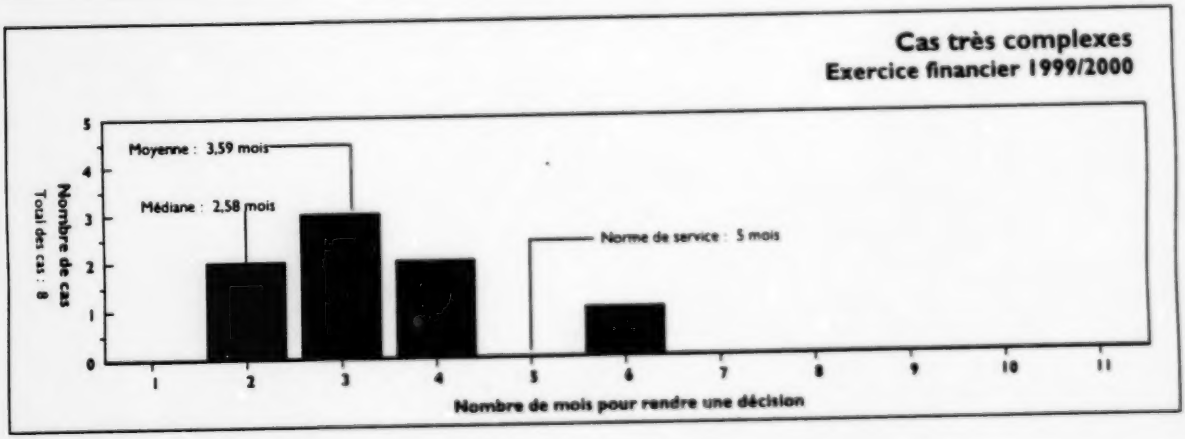

Cas non complexes
Exercice financier 1998/1999
Nombre de cas
Total des cas : 212
Moyenne : 10,35 jours
Médiane : 10 jours
Norme de service : 14 jours
0
10
20
30
40
1
3
5
7
9
11
13
15
17
19
Plus de 20
Nombre de jours pour rendre une décision

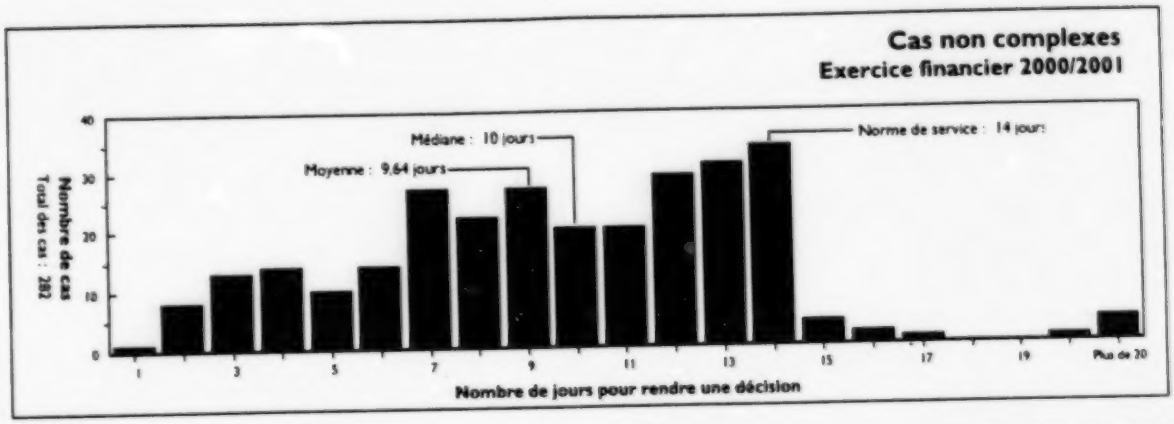

Cas complexes
Exercice financier 1998/1999
Nombre de cas
Total des cas : 56
Moyenne : 5,25 semaines
Médiane : 5,21 semaines
Norme de service : 10 semaines
0
2
4
6
8
10
12
14
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
Plus de 10
Nombre de semaines pour rendre une décision

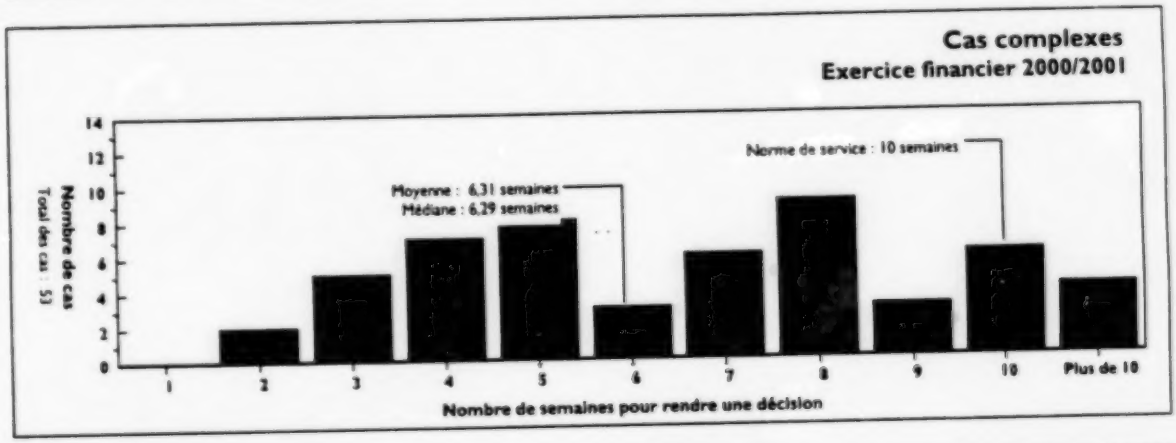

Cas très complexes
Exercice financier 1998/1999
Nombre de cas
Total des cas : 6
Moyenne : 3,76 mois
Médiane : 3,95 mois
Norme de service : 5 mois
0
1
2
3
4
5
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
Nombre de mois pour rendre une décision

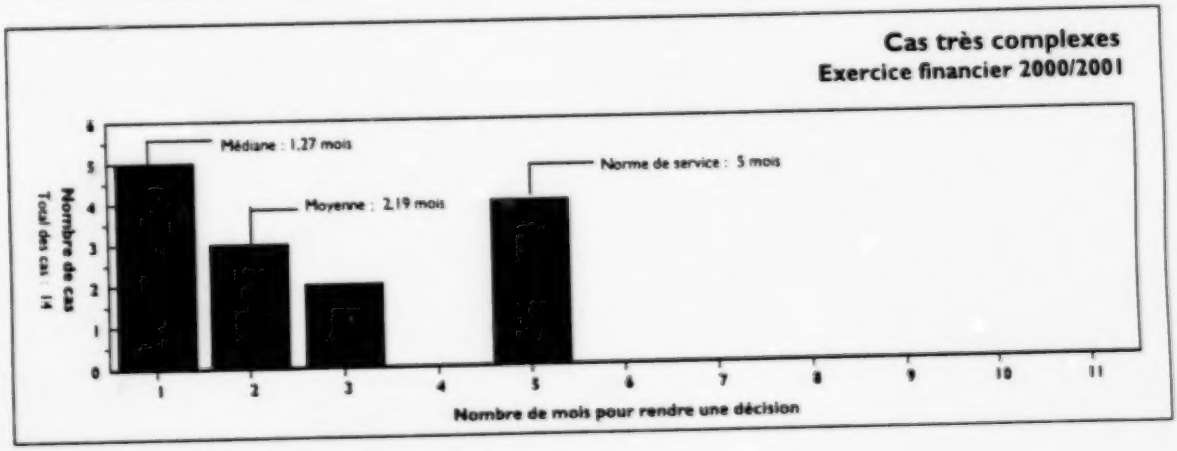

Cas non complexes
Exercice financier 1999/2000
Nombre de cas
Total des cas : 232
Médiane : 10 jours
Moyenne : 10,22 jours
Norme de service : 14 jours
0
10
20
30
40
1
3
5
7
9
11
13
15
17
19
More than 20
Nombre de jours pour rendre une décision


Cas complexes
Exercice financier 1999/2000
Nombre de cas
Total des cas : 49
Moyenne : 6,07 semaines
Médiane : 5,14 semaines
Norme de service : 10 semaines
0
2
4
6
8
10
12
14
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
More than 10
Nombre de semaines pour rendre une décision


Cas très complexes
Exercice financier 1999/2000
Nombre de cas
Total des cas : 8
Moyenne : 3,59 mois
Médiane : 2,58 mois
Norme de service : 5 mois
0
1
2
3
4
5
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
Nombre de mois pour rendre une décision


Cas non complexes
Exercice financier 2000/2001
Médiane : 10 jours
Moyenne : 9,64 jours
Norme de service : 14 jours
Nombre de cas
Total des cas : 282
Nombre de jours pour rendre une décision


Cas complexes
Exercice financier 2000/2001
Norme de service : 10 semaines
Moyenne : 6,31 semaines
Médiane : 6,29 semaines
Nombre de cas
Total des cas : 53
Plus de 10
Nombre de semaines pour rendre une décision


Cas très complexes
Exercice financier 2000/2001
Médiane : 1,27 mois
Moyenne : 2,19 mois
Norme de service : 5 mois
Nombre de cas
Total des cas : 14
Nombre de mois pour rendre une décision

Rapport sur les commentaires concernant les services liés aux fusionnements

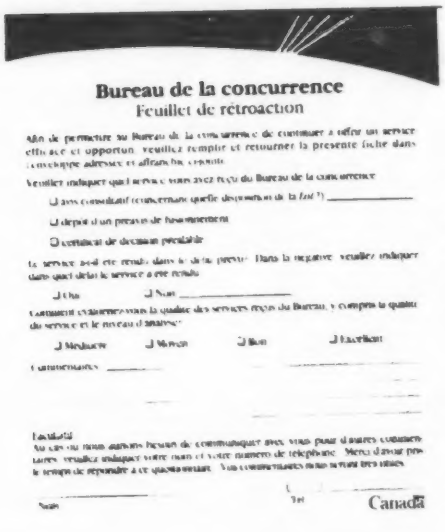
Chapitre 8

Le présent chapitre, qui complète le chapitre 7 intitulé «Entrevues avec des avocats du secteur privé », regroupe les données et les commentaires que nous avons reçus de clients et d'intervenants de l'extérieur depuis l'entrée en vigueur, le 3 novembre 1997, d'un système de tarification pour les services liés aux fusionnements[70]. Le Bureau reçoit régulièrement ces renseignements sur les feuillets de rétroaction que les intervenants remplissent et retournent. Ce chapitre résume aussi les lettres que divers membres de la Direction des fusionnements ont reçues au cours de la même période au sujet de cas particuliers.

Au moment d'établir, en 1997, la politique en matière de tarification et de normes de service, le Bureau a également inclus des mécanismes de rétroaction afin de s'assurer que ceux qui sollicitaient des services ou étaient liés par des processus réglementaires auxquels des frais s'appliquaient bénéficiaient d'une occasion opportune et systématique de formuler des commentaires sur les niveaux et la qualité des services. Ces mécanismes comprennent les feuillets de rétroaction, un mécanisme de plainte[71] et des forums périodiques avec les intervenants.

Les feuillets de rétroaction (accompagnés d'une enveloppe affranchie préadressée) sont envoyés aux intervenants avec le service demandé (certificat de décision préalable, réponse de préavis, avis consultatifs). Elles permettent au Bureau d'évaluer le degré de satisfaction de ses clients et de veiller à fournir le meilleur service possible, de la manière la plus efficace et professionnelle qui soit. L'analyse des feuillets de rétroaction est l'un des moyens dont se sert le Bureau pour évaluer la satisfaction des intervenants.

Feuillet de rétroaction



Bureau de la concurrence
Feuillet de rétroaction

Afin de permettre au Bureau de la concurrence de continuer à offrir un service efficace et opportun, veuillez remplir et retourner la présente fiche dans l'enveloppe adressée et affranchie ci-jointe.

Veuillez indiquer quel service vous avez reçu du Bureau de la concurrence

- ☐ avis consultatif (concernant quelle disposition de la *Loi* ?) _____
- ☐ dépôt d'un préavis de fusionnement
- ☐ certificat de décision préalable

Le service a-t-il été rendu dans le délai prévu? Dans la négative, veuillez indiquer dans quel délai le service a été rendu

☐ Oui ☐ Non _____

Comment évaluez-vous la qualité des services reçus du Bureau, y compris la qualité du service et le niveau d'analyse?

☐ Médiocre ☐ Moyen ☐ Bon ☐ Excellent

Commentaires _____

Facultatif
Au cas où nous aurions besoin de communiquer avec vous pour d'autres commentaires, veuillez indiquer votre nom et votre numéro de téléphone. Merci d'avoir pris le temps de répondre à ce questionnaire. Vos commentaires nous seront très utiles.

Nom _____ Tél. _____

Canada

Les tableaux qui suivent comportent des détails complets sur tous les feuillets de rétroaction que le Bureau a reçus entre le mois de novembre 1997 et le 31 mars 2000 au sujet de l'examen des fusionnement. Durant cette période, le Bureau a reçu 835 demandes de services d'examen de fusionnement. Les intervenants ont renvoyé 206 feuillets de rétroaction, qui représentent des commentaires sur 25 pour cent des services demandés.

Le tableau qui suit montre le type de service demandé, et indique si le client a reçu le service en question dans le délai prescrit (normes de service), de même que la qualité du service en question.

---

[70]Pour les besoins du présent document, le mot « service » désigne le travail qu'effectue le Bureau au sujet d'une demande de certificat de décision préalable, d'un dépôt de préavis ou d'un avis consultatif.

[71]Bureau de la concurrence. *Guide sur la tarification et les normes de services conformément à la* Loi sur la concurrence. 2e parution. 1er mai 1998, p. 7.

Tableau 1. Feuillets de rétroaction reçus entre novembre 1997 et mars 2000

Services	Total	Services fournis dans le délai prévu		Qualité des services			
		Oui	Non	Excellent	Bon	Moyen	Médiocre
Certificat de décision préalable	120	108	11	86	28	4	1
Dépôt de préavis de fusionnement	48	43	5	28	16	2	2
Dépôt de préavis de fusionnement et certificat de décision préalable	35	34	1	29	3	0	1
Avis consultatif	3	2	1	1	2	0	0
Total	**206**[72]	**187**	**18**	**144**	**49**	**6**	**4**
Pourcentage	100 %	91 %	9 %	70 %	24 %	3 %	2 %

(Remarque : L'un des feuillets ne comportait aucune indication de la norme de service, et deux ne comportaient aucune indication de la qualité du travail reçu. Un certain nombre de ces feuillets s'appliquent à plus d'un service, car il est possible qu'une même demande concerne plus d'un service, comme un certificat de décision préalable et un préavis.)

Selon le tableau 1, les normes de services ont été atteintes dans 91 pour cent des cas où un feuillet de rétroaction a été renvoyé, ce qui correspond au rendement général du Bureau, tel que déclaré dans les rapports annuels antérieurs. La qualité du service a été jugée « excellente » dans 70 pour cent des cas et « bonne » dans 24 pour cent de plus, là encore lorsqu'un feuillet a été renvoyé. Les renseignements n'indiquent pas si les cas étaient non complexes, complexes ou très complexes.

La question[73] posée sur le feuillet de rétroaction à propos de la qualité du service vise à mesurer la satisfaction des intervenants à l'égard des services du Bureau (comme l'accessibilité et la diligence) ainsi que le niveau d'analyse. Il est toutefois manifeste que la majorité des commentaires faits sur le feuillet de rétroaction avaient trait aux délais et non aux autres éléments liés à la qualité du service (ce qui dénote que le Bureau devrait modifier le feuillet afin de mettre l'accent sur des aspects précis de la qualité, tels que l'accessibilité, le service au client, etc.)

---

[72]Il n'est pas possible à l'heure actuelle de déterminer le nombre exact de feuillets que le Bureau a reçus dans une année donnée, car ces derniers n'étaient pas numérotés ou suivis d'après la date. Depuis le 1er avril 2000, le Bureau numérote et date les feuillets quand il les reçoit afin de procéder à une analyse statistique plus précise. Le Bureau a envisagé de numéroter les feuillets au préalable mais il a rejeté l'idée, jugeant que les intervenants seraient peut-être moins portés à remplir et à retourner les feuillets s'ils pensaient que le Bureau pourrait les relier à un dossier particulier. De nombreux feuillets n'incluent pas le nom du répondant. Ainsi qu'il est indiqué au chapitre 7 - Entrevues avec des avocats du secteur privé, les intervenants hésitent parfois à faire part de leurs commentaires de crainte que cela ait des répercussions sur des dossiers ultérieurs.

[73]Comment évalueriez-vous la qualité des services reçus du Bureau de la concurrence, y compris la qualité des services et le niveau d'analyse? Médiocre, moyen, bon, excellent.

L'étude a également mis au jour les différences de réponse entre les cas où les normes avaient été atteintes et ceux où elles ne l'avaient pas été.

Le tableau 2 montre le degré de qualité associé à chacun des services lorsque les normes de service ont été atteintes. La qualité du service peut être cotée comme excellente, bonne, moyenne ou médiocre.

Tableau 2. Normes de service atteintes, de 1997 à mars 2000

Services	Total	Qualité des services			
		Excellent	Bon	Moyen	Médiocre
Certificat de décision préalable	108	82	23	2	1
Dépôt de préavis de fusionnement	43	27	15	1	0
Dépôt de préavis de fusionnement et certificat de décision préalable	34	29	3	0	0
Avis consultatif	2	1	1	0	0
Total	**187**	**139**	**42**	**3**	**1**
Pourcentage	100 %	73 %	23 %	1,5 %	0,5 %

Les intervenants ont considéré le service comme excellent ou bon dans 73 pour cent et 23 pour cent des cas, respectivement. Seulement quatre feuillets indiquaient que le service était passable ou médiocre, même si, de l'avis des répondants, les normes de service avaient été atteintes.

Le tableau 3 indique le degré de qualité associé à chacun des services fournis lorsque les normes de service n'avaient pas été atteintes.

Tableau 3. Normes de service non atteintes, de 1997 à mars 2000

Services	Total	Qualité des services			
		Excellent	Bon	Moyen	Médiocre
Certificat de décision préalable	11	4	5	2	0
Dépôt de préavis de fusionnement	5	1	1	1	2
Dépôt de préavis de fusionnement et certificat de décision préalable	1	0	0	0	1
Avis consultatif	1	0	1	0	0
Total	**18**	**5**	**7**	**3**	**3**
Pourcentage	100 %	27 %	39 %	17 %	17 %

Sur un total de 206 feuillets de rétroaction, 18 seulement indiquaient que les normes de service n'avaient pas été atteintes. Il est important de signaler que même dans ces 18 feuillets, la qualité du service a été cotée comme excellente ou bonne dans les deux tiers des cas.

Il semblerait donc que le fait d'atteindre ou non la norme de service concernant le délai de réponse ne soit pas le seul déterminant de la qualité de service, et que d'autres facteurs associés à cet aspect, tels que la qualité de l'analyse, l'accessibilité et le service à la clientèle, soient eux aussi importants.

En outre, pour les besoins du feuillet de rétroaction, la notion de *diligence* signifie atteindre la norme de service et, à cet égard, le rendement est excellent. Cependant, il ne faut pas confondre cette définition de la diligence avec le temps réel qu'il faut pour effectuer l'examen, un aspect au sujet duquel, ainsi qu'il est noté au chapitre 7 - Entrevue avec des avocats du secteur privé. Lors des entrevues avec des avocats du secteur privé, ceux-ci ont exprimé quelques réserves.

Commentaires des intervenants

Sur le feuillet de rétroaction, la dernière zone est réservée aux commentaires. Celle-ci a été créée pour que les intervenants puissent fournir au Bureau des commentaires additionnels sur le service particulier pour lequel ils remplissent le feuillet. Il est présumé que les parties qui n'indiquent pas leur nom et leur numéro de téléphone souhaitent garder l'anonymat.

La zone des commentaires a été remplie sur 123 feuillets, ou 59,7 pour cent des 206 feuillets reçus. De ce nombre, 93 feuillets, ou 76 pour cent, contenaient des commentaires positifs, 25 feuillets, ou 20 pour cent, contenaient des commentaires négatifs, et cinq feuillets contenaient des commentaires généraux (voir le tableau 4).

Tableau 4. Feuillets de rétroaction contenant des commentaires

	Nombre total de feuillets contenant des commentaires	Commentaires positifs	Commentaires négatifs	Commentaires généraux
Commentaires – **normes de service atteintes**	111	89 (80 %)	17 (15 %)	5 (5 %)
Commentaires – **normes de service non atteintes**	12	4 (33 %)	8 (67 %)	——
Total	123 (100 %)	93 (76 %)	25 (20 %)	5 (5 %)

Les commentaires indiqués sur les feuillets correspondent aux deux mêmes thèmes qui sont ressortis lors des entretiens menés avec les avocats du secteur privé : la diligence et l'uniformité/prévisibilité.

Outre les feuillets de rétroaction, les employés de la Direction des fusionnements reçoivent de temps à autre des intervenants des lettres portant sur des dossiers particuliers. Au cours de l'exercice 1999-2000, la Direction a reçu 16 lettres de ce genre, toutes destinées à une personne ou à un groupe de personnes s'occupant d'une transaction particulière, et contenant toutes des commentaires positifs.

Diligence

La plupart des commentaires ont principalement trait à des questions de diligence, plutôt qu'au niveau d'analyse du cas. La plupart des intervenants étaient fort satisfaits de la diligence des agents, comme en font foi les remarques suivantes : « délai d'exécution excellent et service vraiment supérieur », « travail très rapide », « excellent délai d'exécution », « le Bureau s'est montré sensible à nos contraintes de délai contractuelles et a réagi rapidement », et « toujours impressionné par la réceptivité du Bureau aux contraintes de temps qu'imposent certaines transactions commerciales ».

Seulement 25 (20 pour cent) des feuillets comprenaient des commentaires négatifs, réunis, à l'instar des commentaires positifs, sous des thèmes familiers. Plus précisément, plusieurs d'entre elles indiquaient qu'il y avait eu des retards, que « l'examen a duré trop longtemps », que « le dossier a semblé disparaître dans un trou noir pendant un certain temps » et que « des conseils erronés ont provoqué des retards ».

Uniformité et prévisibilité

Des 20 pour cent des feuillets contenants des commentaires négatifs, certains avaient trait aux renseignements qu'exigeait le Bureau, ainsi qu'à la prévisibilité du processus :

- « Il semble y avoir une certaine confusion au sujet des renseignements voulus »;

- « Le niveau et la qualité de l'analyse, ainsi que les questions de son supérieur immédiat, nous ont beaucoup préoccupés »;
- « Après le dépôt, nous n'avons pas eu de nouvelles du Bureau pendant une semaine au sujet de la personne qui s'occupait de l'affaire, et du fait de savoir si le délai serait respecté. Cela a suscité une certaine incertitude »;
- « La lettre de confirmation a été envoyée à l'expiration du délai d'attente; la lettre indiquait que l'évaluation n'était pas terminée alors qu'en fait, elle l'était ».

Conclusions

Les réponses apparaissant sur les feuillets de rétroaction reflètent les statistiques du Bureau, en ce sens que plus de 90 pour cent des examens étaient faits dans le délai que prescrit la norme de service. Les commentaires positifs étaient principalement liés au succès avec lequel ces normes étaient atteintes ainsi qu'aux exigences commerciales des parties. Les commentaires négatifs reflètent les préoccupations soulevées lors des entretiens menés avec les avocats, à savoir la diligence, l'uniformité et l'accessibilité.

Il est important de signaler que, comme en témoignent les commentaires relevés sur les feuillets de rétroaction et dans les entretiens, les intervenants ont une très haute opinion des membres de la Direction des fusionnements. Ces derniers sont considérés comme des professionnels, dévoués et conscients des délais qui s'appliquent dans le milieu des affaires.

Recommandations

Il convient de réviser le feuillet de rétroaction de manière à ce qu'il saisisse effectivement le genre de renseignements dont la Direction des fusionnements a besoin pour continuer d'améliorer divers aspects du processus d'examen des fusionnements. La Direction pourrait envisager d'ajouter une zone dans laquelle les intervenants indiqueraient la complexité du dossier. Cette information lui permettrait de déterminer avec plus de précision le secteur ou le processus qui requiert une certaine attention. On pourrait aussi demander sur le feuillet aux intervenants de faire part de leurs commentaires concernant des critères de qualité particuliers, comme la diligence et l'accessibilité.

La Direction de la conformité et coordination devrait recevoir les feuillets et fournir un résumé à la Direction des fusionnements. Il ne faudrait plus envoyer de photocopies des feuillets de rétroaction à la Direction des fusionnements. Cette nouvelle formule pourrait inciter davantage de personnes à remplir et à renvoyer les feuillets.

Examen des fusionnements dans plusieurs juridictions

Chapitre 9

Avec la mondialisation et la libéralisation du commerce, il est évident qu'une proportion croissante des fusionnements et des transactions examinés par la Direction des fusionnements concernent plus d'une juridiction. Cette augmentation des examens de fusionnement dans plusieurs juridictions exige que le Bureau et d'autres organismes en matière de concurrence cherchent des moyens de minimiser les effets des différences entre les procédures d'examen de fusionnement des organismes et de coopérer avec d'autres organismes en matière de concurrence afin de s'assurer d'obtenir les résultats les plus efficaces et les plus efficients de tels examens.

Le présent chapitre vise à soulever des questions concernant les examens des fusionnements dans plusieurs juridictions qui sont puisées dans les conclusions qu'a présentées le Comité consultatif international en matière de politique de concurrence[74] (International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC) dans son rapport définitif[75]. On veut aussi mettre en lumière certaines des pratiques qui sont jugées importantes pour une coopération internationale efficace lors des examens de fusionnement dans plusieurs juridictions. L'information contenue dans ce chapitre provient d'entrevues réalisées auprès du personnel du Bureau, d'autres organismes, des intervenants du Bureau et des interlocuteurs du Office of Fair Trading (Bureau des pratiques loyales de commerce) du Royaume-Uni ainsi que de la Federal Trade Commission (FTC – Commission fédérale du commerce) et du ministère de la Justice des États-Unis.

I. Processus d'examen des fusionnements

Bien qu'ils se soient surtout attachés à commenter le processus d'examen des fusionnements au Canada, les intervenants canadiens ont souvent mentionné l'importance qu'il y avait à reconnaître que de plus en plus, les examens au Canada faisaient partie d'une série d'examens simultanés. Ils ont souligné la nécessité d'une coopération efficace dans ces cas. De plus, certains ont soutenu qu'au vu du nombre croissant de grands fusionnements et du fait que dans plusieurs de ces transactions internationales, la part canadienne des revenus ou des actifs était relativement modeste, le Canada devrait surtout consacrer des ressources à ces fusionnements lorsque la part canadienne de la transaction était importante. Ce point de vue a été exprimé par Warren Grover à Toronto, le

---

[74] La procureure générale des États-Unis Janet Reno et le procureur général adjoint des États-Unis en matière antitrust Joel I. Klein ont créé le Comité consultatif international en matière de politique de concurrence en 1997. Le Comité devait examiner trois questions, à savoir l'examen de fusionnements internationaux, les rapports entre questions de commerce international et de concurrence et l'orientation future de la coopération en matière d'application de la loi entre les États-Unis et les organismes antitrust d'autres pays, surtout en ce qui concerne les poursuites dans les affaires de cartels.

[75] *International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, rapport définitif, 2000.

16 juin 2000.[76] En vertu de telles opinions, il est important pour le Bureau de continuer d'élaborer des mécanismes efficaces de coopération.

Dans le rapport de l'ICPAC, les auteurs soulignent que, [TRADUCTION] « étant donné qu'il y a plus de 60 nations ayant des lois antitrust visant à exercer un contrôle sur les fusionnements et exigeant que les parties avisent les autorités de leurs projets de fusionnement, le chevauchement des exigences réglementaires est quelquefois excessivement lourd et coûteux pour les parties à un fusionnement et peut causer des frictions inutiles entre nations. Il faut se demander si les systèmes peuvent être simplifiés tout en continuant d'assurer que les autorités disposent des outils nécessaires pour repérer les transactions anticoncurrentielles et y remédier. »[77]

Il est important de reconnaître le fait que, même s'il y a eu des efforts pour assurer une plus grande convergence dans l'examen des fusionnements, les fusionnements internationaux demeurent des affaires complexes en raison des différences juridiques et procédurales entre les divers régimes intérieurs d'examen des fusionnements. Comme l'a dit un spécialiste de ces questions, [TRADUCTION] « de telles écarts sont évidents dans les objectifs différents des politiques, dans les seuils anticoncurrentiels, dans les facteurs analytiques, dans les informations requises, dans les délais et dans les mesures imposées, sans parler de la multitude de distinctions pratiques. Ces différences, en même temps que la possibilité de devoir se plier à des examens dans plusieurs États, font que les fusionnements internationaux sont complexes, longs et coûteux. Si c'est un bienfait des plus avantageux pour les avocats antitrust, la prolifération des régimes ne dit rien aux clients voulant faire des transactions tranfrontalières. »[78]

Néammoins, John J. Parisi, de la Division antitrust internationale de la FTC[79] soutient que [TRADUCTION] « les ressemblances entre les lois sur la concurrence et leurs mesures d'application sont plus grandes que les différences; ... la coopération dans l'application de la loi est tout aussi nécessaire lorsque l'on poursuit des buts communs que lorsqu'il y a des différences; la coopération en matière d'application de la loi devient plus étendue et plus approfondie. »

---

[76]Document présenté par Warren Grover à la Table ronde de Toronto, le 16 juin 2000, intitulé *Mega Mergers: Revisiting the Concepts* : [TRADUCTION] « Je suis convaincu que le Bureau examine un trop grand nombre de ces grands fusionnements dans lesquels les enjeux canadiens sont virtuellement insignifiants. Je suggère que si l'entreprise visée par un fusionnement proposé tire moins de 20 pour cent de ses revenus de ventes au Canada et plus de 50 pour cent de ses revenus de ventes en Europe et aux États-Unis, le Bureau ne devrait pas examiner le fusionnement en profondeur. Plusieurs avocats canadiens facturent d'importants montants à leurs clients à l'égard de tels fusionnements, mais je crois que c'est en pure perte... Le Bureau devrait toutefois indiquer aux autorités antitrust du marché géographique où les entités fusionnées exploiteront principalement leurs entreprises les problèmes que le fusionnement peut soulever au Canada. »

[77]*International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*. Rapport final. 2000. (ICPAC) p. 2.

[78]J. William Rowley, c.r. et A. Neil Campbell, *Multi-jurisdictional Merger Review — Is It Time for a Common Form Filing Treaty?*

[79]John J. Parisi, *Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities*, présentation, IBC U.K. Conferences Sixth Annual London Conference on EC Competition Law, Londres (Angleterre), le 19 mai 1999 (révisé en mars 2000).

Pour jauger l'importance croissante que revêtent pour les organismes antitrust les transactions internationales, une constatation est édifiante : « En 1999, les fusionnements et acquisitions à l'échelle mondiale ont atteint un record, avec des activités s'élevant à 3,4 billions de dollars américains. »[80] En 1999, parmi les 68 demandes d'information supplémentaire émises par le département de la Justice, 18 concernaient des transactions ayant une dimension internationale. De plus, en 1999, « le président Pitofsky a estimé qu'environ 50 pour cent des fusionnements sur lesquels la FTC fait enquête à tout moment ont des répercussions pour les consommateurs de plus d'un pays, et exigent souvent une mesure corrective ou une série de mesures correctives faisant l'objet d'une coordination entre les organismes d'application de la loi de différents pays. »[81] De plus au Canada, les fusionnements transnationaux représentent une partie importante et croissante des fusionnements examinés en tant que transactions qui soulèvent d'importantes questions en matière de concurrence.

Le rapport de l'ICPAC contient deux chapitres exhaustifs entièrement consacrés à l'examen des fusionnements et aux recommandations en matière de réformes. Le Comité formule plusieurs recommandations visant à améliorer l'examen des fusionnements partout au monde. Selon le Comité, si les principales recommandations étaient fermement adoptées par les organismes antitrust, elles amélioreraient aussi bien l'examen des fusionnements intérieurs que ceux touchant plus d'une juridiction. Les recommandations du rapport relèvent de deux catégories générales : les procédures d'examen des fusionnements et la coopération internationale.

Plusieurs des recommandations concernant les procédures d'examen des fusionnements, et surtout celles se rapportant à une plus grande transparence, aux critères reliés aux seuils pour les notifications de fusionnement, les périodes d'examen et la durée, les formulaires de notification et les demandes de renseignement ainsi que les vérifications des examens suite au fusionnement, sont pertinentes à cette analyse comparative et reflètent l'opinion exprimée au Bureau et par les personnes interrogées.

Le rapporte de l'ICPAC recommande que les organismes devraient favoriser une plus grande transparence dans l'application de leurs principes d'examen des fusionnements en améliorant la publication de lignes directrices, d'avis, de rapports annuels, de déclarations et d'allocutions. On suggère qu'en formulant clairement les raisons pour lesquelles il décide de contester ou non des transactions importantes (c'est-à-dire des décisions qui ont valeur de précédent ou qui en toute hypothèse traduisent une évolution dans la doctrine ou la politique), un organisme ferait en sorte que les parties à des fusionnements et les autres organismes dans un contexte de plusieurs juridictions sauraient mieux à quoi s'en tenir.

L'ICPAC recommande une plus grande transparence non seulement à l'égard des politiques mais aussi des décisions touchant des transactions précises. Le rapport cite en exemple la pratique de l'Union européenne : [TRADUCTION] « Pour entamer une enquête de deuxième palier, la CE doit établir les motifs de l'enquête, alertant les parties aux questions particulières qui se posent. Il y a par conséquent une ample jurisprudence pour guider les parties et les autorités d'organismes. »

---

[80]ICPAC p.3

[81]*Ibid*, p. 47.

Le rapport a par ailleurs loué l'approche bien établie du Canada et sa longue tradition de publier des documents d'information détaillés lors de certaines transactions retenant beaucoup d'attention ou de transactions qui soulèvent de nouvelles questions lorsque le Bureau de la concurrence décide de ne pas contester certaines transactions. Un avocat canadien a expliqué que ces documents d'information sont précieux, notamment parce que la jurisprudence est limitée en la matière.

L'ICPAC formule deux recommandations quant aux seuils. La première est que les autorités fixent de façon appropriée la portée des efforts visant le contrôle des fusionnements, « pour qu'ils incorporent un lien manifeste et objectif à l'économie ou à d'autres intérêts de l'État. » À cet égard, l'ICPAC cite le Canada en exemple, signalant que [TRADUCTION] « pour déclencher une obligation d'avis, l'entreprise en cause doit mener des activités commerciales au Canada et il y a des critères quant aux actifs et aux ventes au Canada. » La seconde recommandation est que les seuils devraient être « définis seulement aussi largement qu'il le faut pour assurer que des avis soient donnés dans le cas de transactions susceptibles d'entraîner des problèmes. »[82]

En ce qui concerne la durée et les délais des examens, le rapport de l'ICPAC recommande également que l'examen des fusionnements se fasse en suivant une approche à deux étapes conçue de façon à permettre aux organismes d'application de la loi de reconnaître les transactions qui soulèvent des problèmes de concurrence et de se concentrer sur celles-ci tout en permettant aux transactions ne soulevant pas de problèmes de se faire rapidement.[83]

L'ICPAC loue la souplesse du système américain de préavis de fusionnement, qui permet le dépôt d'un avis à tout moment après la ratification d'une lettre d'intention, d'un contrat, d'un accord de principe ou d'une offre publique. Il souligne également que les États-Unis terminent leur examen initial dans un délai maximum de 30 jours après l'avis. Le rapport recommande toutefois que les délais requis pour les examens de deuxième palier soient précisés avec davantage de certitude.

L'ICPAC recommande une forme de certitude quant aux échéanciers des examens – comme des limites de temps fixes – mais s'inquiète de ce que [TRADUCTION] « les délais maximums pourraient effectivement devenir des durées minimums ou normales d'examen ». C'est pourquoi [TRADUCTION] « ... la majorité des membres du Comité consultatif rejettent le principe d'échéanciers stricts mais recommandent plutôt que d'autres mesures soient prises pour assurer la certitude nécessaire à la planification efficace des transactions. » L'ICPAC recommande plutôt des échéanciers nominaux non contraignants pour les examens de deuxième palier, qui varient selon la complexité relative de la transaction. Le rapport cite en exemple à ce titre le système adopté au Canada et souligne le fait que la période de cinq mois pour les transactions très complexes

---

[82]ICPAC p. 156.

[83]Par exemple, Rowley et Campbell jugent que la plupart des autorités donnent actuellement leur aval à au moins 95 pour cent des transactions en les déclarant non problématiques dans un délai moyen d'un mois ou moins. – J. William Rowley, c.r. et A. Neil Campbell, *Multi-jurisdictional Merger Review - Is It Time for a Common Form Filing Treaty?*, p. 9.

[TRADUCTION] « coïncide avec la durée globale de cinq mois que prend la CE pour l'examen de fusionnements assujettis aux enquêtes de deuxième palier. »[84]

En ce qui concerne les formulaires d'avis et les demandes de renseignements, l'IPCAC recommande que l'avis initial exige uniquement le minimum d'information nécessaire pour établir de façon préliminaire si une transaction soulève des problèmes de concurrence justifiant plus ample examen. Le rapport souligne de plus que [TRADUCTION] « des mécanismes devraient également être établis pour circonscrire aussitôt que possible les questions de droit et de faits. »[85] Le rapport suggère que pour ce faire, il pourrait par exemple s'agir d'offrir le choix entre une déclaration abrégée ou détaillée, en permettant initialement aux parties en cause de retenir le formulaire qu'elles souhaitent.

Le rapport décrit en détail l'approche canadienne de la question des avis, soulignant favorablement l'option offerte entre un formulaire court ou long et la possibilité d'obtenir un certificat de décision préalable.

Finalement, le rapport de l'ICPAC recommande que les organismes évaluent leur rendement concernant les transactions qu'ils contestent et les importantes transactions qu'ils ne contestent pas.

À cet égard, un examen *a posteriori* des décisions rendues par l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni dans un certain nombre de cas de fusionnements a été effectué en 1999. Selon un article publié dans le *Global Competition Review*, une étude réalisée pour le Bureau a permis à l'organisme d'évaluer les conditions de marché à la suite de ses décisions dans divers cas où une transaction proposée était contestée et dans d'autres cas, où la transaction était autorisée. Des études de ce genre donnent aux organismes de précieux renseignements sur les tenants et les aboutissants de son analyse et de ses décisions.

Il y a beaucoup de travail à faire sur la scène internationale afin de promouvoir la convergence internationale dans les procédures d'examen des fusionnements. En particulier, le Groupe de travail no 3 (« GT-3 ») sur la coopération internationale du Comité des lois et politiques en matière de concurrence de l'OCDE avec le Conseil consultatif de l'industrie et du commerce à l'OCDE étudient actuellement des possibilités et des mécanismes pour promouvoir la convergence dans les procédures d'examen des fusionnements. Les observations de tout travail provenant de forums internationaux, comme le GT-3, sera très utile pour orienter tous les autres travaux dans ce domaine.

II. Coopération internationale

Étant donné l'augmentation des fusionnements internationaux et leur complexité croissante, le nombre de cas impliquant une coopération entre les organismes en matière de concurrence augmente régulièrement chaque année. En plus de la simple augmentation des cas partagés et des échanges informels, l'ampleur de la coordination entre les organismes devient aussi de plus en plus importante. La coopération commence maintenant plus tôt dans le processus d'examen de fusionnement et implique des discussions de fond et elles se poursuivent souvent à l'étape des mesures correctives.

---

[84]ICPAC p. 160.

[85]*Ibid.* p.114

En corollaire à ce principe, plusieurs organismes sont également d'avis que les entreprises devraient reconnaître l'intérêt qu'elles ont à favoriser d'emblée la coopération entre organismes pour améliorer la probabilité d'éviter des exigences contradictoires et des conflits entre deux organismes ou plus.

La coopération peut se faire de façon formelle ou informelle. Même si un cadre de travail formel n'est pas un prérequis pour la coopération, il peut faciliter la communication et la coordination entre les organismes en matière de concurrence.[86]

Les diverses juridictions se consultent de plus en plus fréquemment pour tenter d'en venir à un accord sur la définition des produits et des marchés géographiques et sur les mesures correctives possibles. Les cas où les organismes mettent leurs renseignements en commun et entament des discussions plus tôt dans le processus d'examen sont plus fréquents qu'ils ne l'ont jamais été dans le passé.

Dans ce nouveau contexte mondial d'application de la loi, les entreprises peuvent maintenant s'attendre à ce que [TRADUCTION] « les organismes d'examen coopéreront dans toute la mesure permise par la loi, avec ou sans le consentement des parties. Les parties peuvent choisir de faciliter cette coopération en renonçant à la confidentialité, ce qui s'avérera la plupart du temps profitable. »[87]

Les autorités en matière de concurrence ont de fréquentes discussions et partagent des renseignements non confidentiels. Toutefois, plusieurs juridictions ont une législation interdisant l'échange de renseignements confidentiels. Même si le Bureau de la concurrence peut échanger des renseignements confidentiels, s'il le fait, c'est dans le but « d'administrer et d'appliquer » la Loi. D'autres autorités peuvent réclamer une renonciation pour un échange réciproque de renseignements avec le Bureau.

Comme mentionné auparavant, le rapport de l'ICPAC comprend des recommandations afin d'améliorer la coopération internationale lors d'examens de fusionnement dans plusieurs juridictions. Le rapport affirme que [TRADUCTION] « la coopération entre organismes d'examen pourrait être améliorée si toutes les administrations établissaient un cadre juridique transparent pour la coopération,

---

[86]Les mécanismes de coopération des organismes d'application de la loi ont été établis en 1995 sous l'égide de l'Organisation de coopération et de développement économiques dans la *Recommendation on Cooperation*. Des accords existent aussi notamment l'Accord canado-américain de 1995 concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, et l'Accord entre le gouvernement du Canada et les communautés européennes de 1999 touchant l'application de leurs lois sur la concurrence et l'accord de 2000 entre le Bureau de la concurrence, la Australian Competition and Consumer Commission et la New Zealand Commerce Commission concernant l'application de leurs lois sur la concurrence. Ces accords contiennent des dispositions sur les notifications exigeant que chaque partie renseigne l'autre sur les activités prévues qui pourraient avoir des répercussions sur ses intérêts. De telles dispositions existent aussi dans le chapitre sur la concurrence dans l'accord de libre échange Canada-Costa-Rica.

[87]John J. Parisi, *Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities*, présentation, IBC U.K. Conferences Sixth Annual London Conference on EC Competition Law, Londres (Angleterre), le 19 mai 1999 (révisé en mars 2000).

qui prévoie les mesures appropriées pour protéger les intérêts qu'ont les entités privées dans la confidentialité et l'équité. »[88]

Le rapport de l'ICPAC recommande l'élaboration de protocoles régissant la coopération qui préciseraient la façon dont les organismes antitrust mènent des enquêtes transfrontalières coordonnées sur des fusionnements. Ceci favoriserait une plus grande convergence substantielle et éviterait ou minimiserait les analyses et les conclusions divergentes.

Le rapport suggère en outre que [TRADUCTION] « même s'il est possible d'assurer une grande coopération sans le consentement des parties à une transaction, il y a des limites au degré auquel les organismes antitrust peuvent échanger des renseignements et recourir à d'autres approches coopératives... Une mesure importante pour favoriser cette coopération mutuellement avantageuse entre entreprises et organismes antitrust consiste à convaincre les entreprises que les autorités recevant des renseignements confidentiels peuvent les protéger d'une divulgation et qu'elles le feront. »[89]

La mise au point de tels protocoles aurait pour effet, selon le rapport, de contribuer à une telle relation de confiance. Le rapport précise qu'un tel protocole devrait avoir les attributs clés suivants :

- une description de la façon dont les organismes antitrust procéderont habituellement pour mener avec les organismes d'autres États des enquêtes conjointes et coordonnées sur des fusionnements;
- un éventail de formules de renonciation permettant des discussions qui seraient autrement interdites en vertu des lois sur la protection des renseignements privés et autorisant durant les examens de fusionnements la communication par les autorités antitrust d'informations jouissant d'une protection juridique;
- une déclaration formelle énonçant les mesures mises en place par les organismes antitrust pour assurer la protection de renseignements confidentiels.

Le rapport de l'ICPAC contient des exemples de formules de renonciation et un exemple de déclaration.

De plus, l'ICPAC recommande que de francs échanges de renseignements entre organismes en matière de concurrence et parties aux fusionnements soient perçus comme étant un élément important d'une coopération efficace.

Le rapport précise ceci : [TRADUCTION] « Pour faciliter la résolution rapide de transactions susceptibles de soulever des problèmes et justifiant de plus amples enquêtes, et pour préciser aussi rapidement que possible les questions essentielles, il n'y a rien de tel que de francs échanges de renseignements entre les organismes antitrust et les parties à des transactions proposées. Dans cette optique, chaque organisme d'examen devrait dès le début d'une enquête de deuxième palier indiquer clairement aux parties au fusionnement les problèmes de concurrence qui motivent l'enquête. »

---

[88]ICPAC p. 6.

[89]*Ibid* p. 66.

Récemment aux États-Unis, aussi bien le département de la Justice que la FTC se sont engagés à communiquer aux parties les questions en instance et la justification des renseignements demandés au moment où ils émettent une demande d'information supplémentaire. (Pour plus de renseignements à ce sujet, voir le chapitre 5 - Examen des fusionnements aux États-Unis.)

De la même optique, le rapport de l'ICPAC cite le processus de l'UE, où les parties examinent couramment les renseignements demandés par le groupe de travail sur les fusionnements dans le formulaire CO, et le processus de négociation du contenu du formulaire. Cela donne à chacun la possibilité de cerner les questions importantes, les renseignements requis et l'orientation de l'examen avant le début du délai de 30 jours fixé par la loi.

Pratiques optimales pour une coopération internationale

Comme mentionné auparavant, des efforts internationaux pour promouvoir la convergence des procédures d'examen des fusionnements se font au sein du GT-3 de l'OCDE en identifiant et en élaborant des pratiques optimales dans la coopération internationale lors d'un examen de fusionnement dans plusieurs juridictions. En dépit de ces efforts, il est clair, en se basant sur des discussions à l'intérieur du Bureau, avec des agents d'autres organismes ou des intervenants ainsi que sur certaines conclusions du rapport de l'ICPAC, que certaines pratiques peuvent être importantes pour une coopération internationale efficace lors des examens de fusionnement dans plusieurs juridictions. Ce qui suit est une liste non exhaustive de quelques pratiques perçues efficaces pour une coopération internationale. Cette liste évoluera sans aucun doute et prendra de l'ampleur pendant les prochaines années.

1. Préciser d'emblée quels autres organismes d'examen sont intéressés

Au Canada, dans le cadre de dépôt d'une notification remise au Bureau, les parties doivent identifier les autres autorités étrangères qui ont été notifiées de la transaction proposées et la date de la notification. De la même façon, la FTC des États-Unis exige d'office que les parties à un fusionnement indiquent les intérêts que d'autres autorités antitrust peuvent avoir dans leur projet. Le cas échéant, ils demandent couramment aux parties les renonciations utiles pour faciliter les discussions avec leurs homologues. De plus, lorsque la Commission apprend qu'un fusionnement proposé est assujetti au EU's Merger Control Regulation, son personnel demande maintenant couramment aux parties de leur remettre copie de leur formulaire CO.

2. Informer rapidement les gestionnaires des questions touchant plusieurs États

Il est également très important que les gestionnaires et cadres supérieurs pertinents de l'organisme soient informés de toute transaction transfrontalière. En raison de leur expérience en la matière, les gestionnaires sont susceptibles de mieux connaître les questions qui se posent et les sensibilités qui peuvent influer sur une transaction ou qui pourraient avoir d'autres répercussions transfrontalières.

3. Notification

Pour une coopération réussie entre les organismes en matière de concurrence, il est important que les organismes reconnaissent les intérêts importants des autres pays et notifient en vertu de la Recommandation de l'OCDE ou d'autres accords de coopération en vigueur. Toutefois, en plus des notifications formelles, des communications informelles sont également bénéfiques pour la coopération. Qu'il soit formel ou informel, un contact tôt et fréquent entre les organismes en matière de concurrence est essentiel.

4. Échange d'information

Même si plusieurs renseignements non confidentiels peuvent être échangés entre les organismes en matière de concurrence, dans certains cas, une renonciation de confidentialité des parties sera nécessaire pour permettre une coopération plus approfondie et l'échange de renseignements confidentiels.

5. Comprendre le contexte

Il est important d'impliquer les parties dans le processus de coopération. Bien que les dispositions sur la renonciation est un fait évident du rôle des parties dans le processus de coopération, ce rôle peut aller au-delà du simple échange de renonciation. Le personnel de l'organisme devrait inciter les avocats à s'assurer qu'à la fois eux et l'organisme comprennent bien les questions qui se posent ailleurs et qui peuvent avoir des répercussions sur la transaction dans son ensemble.

6. Coordination des demandes de renseignements

Plusieurs des avocats interviewés ont souligné l'importance de l'investissement en temps requis pour répondre aux demandes de renseignement. Lorsque différents organismes recherchent des renseignements semblables au sujet d'une transaction donnée, il faut beaucoup de temps pour la produire sous différents formats. Le processus pourrait être simplifié si les demandes de renseignement étaient dans la mesure du possible coordonnées entre les organismes impliqués. De la même façon, du point de vue de l'organisme en matière de concurrence, il y a un avantage de collaborer avec d'autres organismes sur la manière dont certains renseignements sur une question commune sont exigés des parties.

7. Transparence

Il est éminemment utile que les organismes fassent publiquement état des cas où la coopération entre plusieurs autorités a mené à des examens et à des solutions efficaces pour les fusionnements. Plus de transparence de ces genres de cas peut aider à améliorer la compréhension du processus et des décisions d'autres organismes et à augmenter la coopération à l'avenir.

De même, les organismes recommandent vivement que le personnel informe les parties que des agents discuteront avec d'autres organismes. En le divulguant d'emblée aux parties, celles-ci répondent de façon plus ouverte et cohérente aux organismes.

8. Travailler de concert en quête de solutions acceptables

Durant les entrevues, plusieurs exemples ont été donnés de dialogues efficaces entre organismes qui ont mené à des dessaisissements opportuns dans chaque État. La possibilité d'en arriver à de telles solutions est améliorée lorsqu'il y a des échanges réguliers pendant que les parties discutent et négocient avec chaque organisme. Par exemple, lors de la transaction Lafarge/Blue Circle, le Bureau a grandement coopéré avec la FTC sur tous les aspects de l'examen et surtout au moment des mesures correctives. À la fin, le Canada et les États-Unis ont demandé des mesures correctives au moyen d'ordonnances parallèles qui visaient les mêmes actifs se trouvant au Canada.

9. Centre de connaissances en coopération internationale

Le personnel responsable des activités de coopération internationale de l'organisme devraient être les experts de cet organisme en matière de coopération internationale et de pratiques d'application conjointe de la loi. Ils devraient être en mesure d'aider les agents responsables des dossiers particuliers grâce à leur connaissance des lois, des pratiques et du personnel d'autres autorités. Ils devraient être les « experts du savoir » en matière d'accords et ils devraient conseiller les agents à l'égard des informations qu'ils peuvent ou non partager.

Ces « experts du savoir » facilite le développement de relations nécessaires pour une coopération internationale efficace et ils devraient être perçus comme des partenaires dans l'établissement d'un processus d'examen efficace impliquant plusieurs autorités.

De bonnes relations de travail entre le groupe international et les agents d'application de la loi sont perçus comme étant essentiels. Des réunions formelles régulières et des discussions pertinentes des dossiers concernant des cas précis aiderait à créer une culture de coopération.

Sommaire des observations

Chapitre 10

Ce chapitre présente un sommaire des observations clés des auteurs découlant de la recherche et de l'analyse décrites au long des chapitres précédents, regroupées selon les thèmes qui sont apparus naturellement dans l'analyse définitive.

Communications avec les parties

Il est important d'avoir de communiquer tôt et de façon continue avec les parties et leurs avocats concernant un projet de transaction ou une transaction réelle ainsi qu'avec le milieu juridique et le milieu des affaires au sujet de question générales touchant un fusionnement.

1) Avant une notification

Les entrevues avec les avocats du secteur privé, au cours de l'hiver 2000, ont révélé une perception que les gestionnaires et autres représentants principaux de la Direction des fusionnements n'étaient pas toujours aussi disponibles que par le passé pour rencontrer les parties avant la notification. Ces réunions sont considérées utiles parce qu'elles permettent de discuter de la nature du fusionnement éventuel et elles donnent aux parties et à la Direction l'occasion de circonscrire les problèmes avant de déposer leur avis, de sorte qu'elles peuvent d'emblée orienter adéquatement leurs présentations et l'information qu'elles soumettent. Le résultat est la possibilité de raccourcir la période subséquente requise pour l'examen.

L'Office of Fair Trading du Royaume-Uni a mis au point un processus permettant de donner informellement et confidentiellement des conseils utiles, dans le cadre d'une démarche plus transparente et plus structurée de consultation avant la notification.

2) Exigences d'une notification

Il est nécessaire de clarifier un certain nombre de questions de procédure concernant l'utilisation de la déclaration détaillée puisqu'il semble que recueillir les renseignements demandés peut demander un grand effort et, dans quelques circonstances, certains renseignements peuvent ne pas être pertinents à l'affaire. Comme elles sont libellées actuellement, les exigences de la déclaration détaillée ne sont pas toujours claires pour les parties et leurs avocats.

Les avocats canadiens qui ont été interrogés ont exprimé l'opinion qu'il y a un besoin de clarifier le *Guide de procédure*[90] qui décrit dans quelles circonstances la déclaration détaillée peut être exigée. On se dit préoccupé du fait que la déclaration détaillée sera exigée plus souvent que dans le passé et qu'il peut être demandé quelque temps après la déclaration abrégée a été soumise.

Une vérification des dossiers a démontré que depuis l'entrée en vigueur de règlement, il y a eu des déclarations détaillées dans cinq cas en 1999-2000 et dans sept cas en 2000-2001.

---

[90]Guide de procédure : *Transactions devant faire l'objet d'un avis et certificats de décision préalable en vertu de la* Loi sur la concurrence, 1er mai 2000.

3) Personne-ressource

En informant les avocats dès que le dossier est attribué du nom et du numéro de téléphone de l'agent responsable, la Direction donne un moyen de dialoguer rapidement avec cet agent. Cela permet aussi d'identifier les renseignements supplémentaires au besoin et de préciser rapidement les questions qui se posent.

4) Conseils techniques

Les avocats doivent pouvoir compter sur le fait qu'ils recevront en temps utile des conseils exacts et cohérents de l'Unité des avis de fusionnements (UAF) au sujet des questions entourant le dépôt d'un avis.

Il y aurait de réels avantages pour la Direction et surtout pour l'UAF de créer une base de données d'interprétations, d'opinions et d'avis avec la possibilité de publier dans le site Web du Bureau les réponses aux questions les plus courantes.

Le directeur adjoint du Pre-merger Notification Unit (PNO) de la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis a mis en place de « pratiques optimales » en ce qui concerne le processus de notification, la sélection ainsi que les communications au sujet des politiques et procédures aux parties qui déposent souvent des avis. De plus, un avocat chevronné américain a mis au point une base de données contenant les interprétations afférentes à tous les articles des dispositions Hart-Scout-Rodino. Ce genre de base de données conviviale est utile, économique et efficace pour assurer l'uniformité de l'information et des avis donnés.

L'UAF a l'intention de rencontrer régulièrement les parties qui déposent souvent des avis.

De telles rencontres ont eu lieu en janvier 2001 dans diverses villes canadiennes pour initier avec les intervenants un dialogue sur les exigences en matière de notification. Le personnel de l'UAF a aussi rencontré à la FTC le directeur du PNO, pour mieux comprendre les processus de notification de la FTC.

5) Constitution d'un dossier d'avis

Il est essentiel que la Direction des fusionnements reçoive les renseignements de façon opportune.

Il faudrait rappeler aux avocats des parties à des fusionnements d'envoyer à l'UAF tous les documents pertinents à un avis. Lorsque les documents ne sont pas soumis directement à l'UAF, il peut falloir plus de temps pour aviser les avocats que le dossier est complet et que l'examen est en cours.

6) Au cours de l'examen

Lorsque la Direction des fusionnements tient au fur et à mesure les parties au courant de l'évolution d'un dossier et des questions qui surviennent, les avocats sont mieux placés pour réagir de façon diligente et efficace.

L'efficacité et la diligence seront encore améliorées si les demandes d'information (surtout celles concernant des questions substantielles) et les ordonnances en vertu de l'article 11 sont discutées avec les avocats. De telles discussions permettent aux parties et à leurs avocats de mieux comprendre la nature et la forme et le but des renseignements demandés. Par exemple, il peut arriver que des renseignements précédemment produits en réponse à une demande d'une autre instance soient acceptables pour satisfaire à une demande du Bureau. Compte tenu de l'augmentation des fusionnements transfrontaliers et de l'exigence qui s'en suit pour les parties au fusionnement de déposer des avis auprès de plusieurs instances, il importe de rechercher la façon la plus efficace d'obtenir de l'information des parties qui doivent répondre – souvent en même temps – aux demandes d'information de plusieurs instances.

La FTC et le département de la justice des États-Unis ont annoncé, en avril 2000, un processus formel voulant que le personnel « prévoie d'office, dès le début d'une enquête, une réunion au sujet des demandes de renseignements supplémentaires afin de préciser les principales questions et, idéalement, de convenir d'une démarche pour l'enquête. » [TRADUCTION][91] De plus, « les avocats de l'organisme ont maintenant pour directive de convoquer une réunion au sujet des demandes de renseignements supplémentaires dans les cinq jours ouvrables suivant la demande, sauf accord mutuel. » [TRADUCTION][92] Si la Direction considère un tel processus, plusieurs questions reliées aux périodes d'attente prévues par la loi et aux normes de service devraient être examinées attentivement.

7) Feuillets de rétroaction

Il faut reconsidérer le contenu du feuillet de rétroaction. Ce feuillet donne aux gestionnaires et au personnel un excellent aperçu des points de vue des intéressés, de leur niveau de satisfaction ou d'insatisfaction et de leur appréciation de pratiques précises. Il s'avère que selon sa formulation actuelle, le feuillet ne donne pas toute la gamme de renseignements nécessaires pour permettre aux intervenants d'évaluer des domaines précis de rendement. Le feuillet donne d'importants renseignements quant au déroulement des diverses étapes et aux échéances, mais peu ou pas quant aux considérations économiques, au service aux clients et à d'autres sujets. Des questions supplémentaires visant à combler ces lacunes aideraient grandement la Direction des fusionnements à recueillir systématiquement et en temps utile auprès des clients des commentaires pertinents sur tous les aspects importants du rendement.

---

[91]Richard G. Parker, à l'époque directeur du Bureau de la concurrence, Commission fédérale du commerce (FTC), dans une allocution prononcée en avril 2000 devant l'American Bar Association

[92]Ibid.

Un plus haut taux de retour pourrait être atteint si le Bureau créait un processus assurant l'anonymat de l'expéditeur. Nous avons trouvé que certains intéressés ne remplissaient pas le feuillet lorsqu'ils avaient une plainte à formuler car ils souhaitaient un plus grand anonymat.

Un nouveau processus a été mis sur pied, selon lequel la Direction de la conformité et des opérations reçoit tous les feuillets de rétroaction et en fait régulièrement rapport à la Direction des fusionnements. Le feuillet est aussi révisé et sera modifié afin d'obtenir des renseignements plus utiles des intervenants.

8) Communications avec le public

Les avocats canadiens ont fait savoir qu'il est important que le Bureau mette, dans la mesure du possible, autant d'information que possible à la disposition du milieu juridique et du milieu des affaires en ce qui concerne les décisions, les grands dossiers, l'interprétation de diverses questions de droit, les politiques et la procédure. La pertinence en est d'autant plus grande que relativement peu de cas entraînent des poursuites devant le Tribunal de la concurrence. L'information permet aux membres du barreau de mieux comprendre l'approche et la position de la Direction et de mieux servir leurs clients.

Le site Web du Bureau est perçu comme une précieuse source d'information. Certains documents n'y sont toutefois pas accessibles en format téléchargeable.

Le Bureau est en train de revoir son site Web afin de répondre à ces questions et à d'autres.

La Competition and Consumer Commission d'Australie publie régulièrement de brefs résumés de causes importantes et d'interprétations. Les avocats du Canada et d'ailleurs trouvent qu'ils sont utiles pour clarifier et faire comprendre la loi. La Federal Trade Commission et le département de la justice des États-Unis ont également l'habitude de publier des allocutions et des analyses de causes, d'interprétations et d'engagements. L'Office of Fair Trading du Royaume-Uni publie des documents de réflexion sur des sujets précis.

Au Canada, les avocats trouvent utile d'être informés des cas qui n'ont pas été contestés et souhaiteraient que les lettres de « non-intervention » soient plus détaillées. Selon les membres du barreau, les communiqués et documents d'information que la Direction des affaires civiles a produits dans deux affaires (ADLS et les carrosseries automobiles) sont de bons exemples de communications informatives et instructives de la part du Bureau. Les documents préparés à la suite de l'examen de transactions bancaires ont également été jugés utiles.

Toutefois, les intervenants reconnaissent la nécessité, compte tenu des ressources limitées, de concilier leurs besoins en information et le rôle principal du Bureau - d'examiner les fusionnements d'une façon diligente.

Processus

1. **Sélection** - Un point important concernant un processus d'examen efficace est la capacité de la Direction d'évaluer rapidement les exigences d'examen des dépôts, d'effectuer une sélection

efficace afin d'identifier ceux qui demandent très peu d'exigences et ceux qui posent de sérieux problèmes en matière de concurrence.

La Direction des fusionnements a récemment annoncé la création de l'Unité des avis de fusionnements qui est dirigée par un agent principal et elle comprend maintenant plusieurs agents. Ceci est considéré par les auteurs comme une mesure très positive en vue d'améliorer l'uniformité, la cohérence et la diligence ainsi que l'adoption d'une « pratique optimale ».

Les dossiers d'avis de fusionnement sont maintenant confiés à des agents qu'ils soient ou non considérés comme étant complets. L'agent responsable peut ainsi débuter son examen plus rapidement, en faisant la distinction entre la question technique de vérifier que le dossier soit complet et les questions inhérentes à l'examen lui-même. Il peut également, au besoin, entamer sans délai un dialogue avec les parties.

Les dossiers sont maintenant attribués aux agents de façon « électronique » plutôt qu'en mains propres. Cela a permis de réduire le délai nécessaire pour répartir les dossiers et donc, de débuter l'examen.

Dans les entrevues menées auprès des avocats au début de 2000, des commentaires sont ressortis quant aux retards dans l'examen des dossiers. La plupart des retards concernaient des dossiers complexes ou très complexes (et ceux intéressant plusieurs instances), mais il s'est également vu que des transactions non complexes connaissaient des délais. Ce fait a été attribué à une augmentation du nombre d'avis, à des changements de personnel et à la complexité croissante des dossiers ainsi qu'à la mondialisation.

En plus d'être responsable des activités précédant le dépôt d'un avis et des demandes de certificats de décision préalable, l'UAF a récemment été chargée de classer les dossiers (non complexes, complexes ou très complexes) et de s'occuper de plusieurs des dossiers non complexes. Une fois que ce changement sera bien établi et pleinement mis en œuvre, il devrait s'avérer avantageux de plusieurs façons :

- *davantage d'uniformité dans le traitement des dossiers non complexes;*
- *classement cohérent et judicieux des transactions;*
- *formation utile et uniforme pour les nouveaux agents.*

2. **Normes de service -** Il faut reconsidérer le système des normes de service et la manière dont il est administré. Les différences entre les délais prévus par les normes de service et par la loi sont source de confusion chez les clients, et les définitions de la complexité sont trop vastes et doivent être raffinées.

Le processus en 2 étapes et la période d'attente de 30 jours qui prévaut aux États-Unis et dans la Communauté européenne a été mentionnée à plusieurs reprises. Plusieurs ont suggéré que le Bureau envisage d'adopter éventuellement un système qui ressemble davantage à celui des États-Unis.

La norme de service du Bureau prévoyant cinq mois pour communiquer une décision aux parties dans un dossier très complexe est généralement reconnue comme étant acceptable. Elle est

également proche du délai prévu par la loi dans la Communauté européenne et de la période recommandée par l'ICPAC.

3. **Soutien juridique** - Le ministère de la Justice affecte un avocat qui se consacre entièrement à la tâche de donner des conseils diligents au sujet de la notification. Le fait que cet avocat ait un suppléant d'office en cas de non-disponibilité a permis d'assurer que les avocats des parties reçoivent des avis cohérents et diligents.

Les avis donnés par le ministère de la Justice à l'UAF n'existent pas actuellement sous une forme électronique facilement accessible. En convertissant les documents papier ou électroniques à une forme électronique uniformisée, on améliorerait encore l'aptitude du ministère et de l'UAF à donner des avis cohérents et diligents concernant la notification.

Il est admis que les avocats et économistes doivent se pencher sur les dossiers dès le début pour pouvoir définir rapidement une théorie pertinente. C'est également là une condition pour assurer la cohérence dans le traitement d'un dossier.

4. **Programme de soutien** - Lors de la mise sur pied des équipes affectées aux dossiers, il s'est avéré rentable d'inclure des agents de programme parmi les personnes à qui des tâches sont confiées. Aux États-Unis, des employés de soutien et des parajuristes sont largement mis à contribution, par exemple pour contrôler l'exécution des demandes d'information supplémentaire, traiter les documents et préparer les pièces jointes aux dossiers d'instruction.

5. **Évaluation des cas** - L'évaluation rétrospective de la gestion des dossiers et la planification annuelle systématique sont perçues comme étant essentielles pour assurer que le système d'examen des fusionnements soit efficace, pour raccourcir les délais, pour améliorer l'analyse économique et pour être en mesure de traiter les dossiers relevant de marchés et d'industries en mutation. L'analyse des leçons apprises et l'élaboration d'une vision de l'avenir sont considérées comme des investissements valables pour permettre aux organismes antitrust de demeurer efficaces à moyen et à long terme.

La division de l'observation de la loi, au sein de la Federal Trade Commission des États-Unis, travaille avec les avocats dès le début du processus d'examen des fusionnements, puis contrôle l'exécution des ordonnances et les violations des règles Hart-Scott-Rodino. Compte tenu de l'importance qu'il y a à bien comprendre l'évolution de l'environnement et à planifier, le Bureau of Economics fait appel à des universitaires et à des gens d'affaires pour réfléchir aux nouveaux enjeux qui apparaissent.

Modifications législatives

Il s'avère nécessaire d'examiner si la législation actuelle soutient le besoin croissant et crucial d'un processus d'examen efficace d'échanger des renseignements sur des fusionnements avec d'autres instances.

Le Bureau devrait examiner la possibilité de recourir aux renonciations dont il est question aux chapitres 5 et 9 de ce rapport et qui sont considérées comme étant efficaces du point de vue aussi bien des organismes que des parties.

Compte tenu des possibilités limitées pour ce qui est de contrôler l'exécution des engagements, un consensus se dégage sur la nécessité de prévoir des dispositions législatives sur l'enregistrement des accords auprès du Tribunal de la concurrence.

Formation et perfectionnement

Pour être efficace, un plan de formation pour le personnel s'occupant de l'examen des fusionnements devrait porter notamment sur les Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements, sur les processus administratifs et sur les exigences en matière de dépôt.

Les conférenciers de l'extérieur sont perçus comme des ressources précieuses et peu onéreuses. Plusieurs ont suggéré que le Bureau ne devrait pas se limiter à recourir à des experts du pays, mais devrait en inviter également de l'étranger et de domaines de spécialisation variés, afin de donner aux gestionnaires et au personnel des perspectives plus vastes.

Les programmes de rotation et de mentorat sont perçus comme étant efficaces et, lorsqu'ils sont appliqués rigoureusement, très avantageux pour le personnel. Le principe de la rotation pourrait être élargi pour permettre, au sein de la Direction des fusionnements, le passage des agents principaux d'un domaine à l'autre. Par exemple, un nouvel agent pourrait débuter dans l'Unité des avis de fusionnements puis passer à une autre division, et être affecté à un mentor.

Des programmes de formation personnalisés seraient bénéfiques pour assurer que les agents, au cours de leur carrière au Bureau, profitent systématiquement de possibilités de perfectionnement et de commentaires sur leur travail.

Amélioration constante des processus

Enfin, les auteurs recommandent aussi que le Bureau réexamine dans 24 mois l'état de l'examen des fusionnements suite aux abondants renseignements de référence réunis grâce à la présente initiative au sujet du processus d'examen des fusionnements.